

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIII ○ Marzo - Abril 1977 ○ Núm. 519

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Murcia.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
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 Carriñanos.

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Propiedad horizontal y pertenencias inmobiliarias», por RICARDO EGEA IBÁÑEZ	273
«Inscripción de la partición conjunta de contador y herederos y de la partición de contador con la aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	287
«La anotación preventiva en general», por RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA	389

JURISPRUDENCIA:

II. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por TIRSO CARRETERO GARCÍA	415
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, FRANCISCO QUIROGA RAMIRO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	427
2. Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	473
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	479

LIBROS:

«Derecho de la persona», de RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	493
«I Direttori Generali di Società per Azioni», de ALESSANDRO BORGIOLI, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	497
«Derecho civil español común y foral», tomo I, de J. CASTÁN TOBEÑAS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	502
«Derecho civil español común y foral», tomo V, de J. CASTÁN TOBEÑAS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	505
«El nuevo régimen de las licencias de urbanismo», de MANUEL-FRANCIS- CO CLAVERO ARÉVALO, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	507
«El sistema jurídico soviético», de E. L. JOHNSON, por GERMÁN GALLEGO DEL CAMPO	509
«Elementos de Derecho civil. Derecho de Obligaciones», de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	514
«Protección registral y dominio público», de ROBERTO PAREJO GÁMIR, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	519

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	522
--------------------------------	-----

ESTUDIOS

Propiedad horizontal y pertenencias inmobiliarias

I. Los estudios sobre propiedad horizontal han sido numerosos y los temas de anejos y los departamentos procomunales se han expuesto, a nuestro juicio, de una manera perfecta por CÁMARA, BONET, J. L. ALVAREZ y SAPENA (1). Pero queda un punto, que es el que se ha de realizar en este trabajo. La necesidad de encuadrar estos bienes, anejos y departamentos procomunales dentro de las categorías dogmáticas del Derecho civil, lo cual sirve para solucionar de una manera más sencilla el problema que plantea el tráfico jurídico de los pisos o locales de la propiedad horizontal juntamente con sus anejos y cuotas en departamentos procomunales.

Es decir, considerar en nuestro Derecho el tema de las pertenencias inmobiliarias, que es lo que son, en definitiva, los anejos y la propiedad indivisa limitada a una cuota en los bienes procomunales de la propiedad horizontal.

II. PARTES INTEGRANTES, PERTENENCIAS Y ACCESORIOS

Las cosas están compuestas de partes integrantes. Son partes integrantes todos aquellos objetos que teniendo un nombre o una individualidad física o económica han pasado a formar una unidad real, superior y más completa. Las partes integrantes quedan unidas a la cosa de tal forma que no pueden separarse de ella sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

(1) CÁMARA: *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, página 39. Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas, Madrid, 1973. J. L. ALVAREZ: *El título constitutivo de la propiedad horizontal*. Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1966, pág. 474. MONET: *Problema de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal*. Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1962, pág. 258.

Como dice Díez PICAZO, una parte integrante puede haberse producido por agregación de cosas muebles, artículos 353, 375 y 378 del Código civil. El artículo 375 del Código civil recoge el supuesto de cuándo dos cosas muebles pertenecientes a distintos dueños se unen de tal manera que viene a formar una sola. Por agregación o unión de una cosa mueble a una inmueble, como son los casos del artículo 334-1-2-3 del Código civil.

Aunque no hay un concepto de parte integrante en nuestro Código civil, se puede decir o definir como una cosa que está unida a otra de tal forma que no puede separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, según el artículo 334-3 del Código civil (2).

Pertenencias.—PÉREZ y ALGUER dicen que el Código civil no conoce el concepto de pertenencia por este nombre; para que pueda darse dentro del texto legal el concepto de pertenencia se requieren, a nuestro juicio, los siguientes requisitos:

1.º Un inmueble. Que es el edificio o heredad según el artículo 334-4 del Código civil, o la finca de la que habla el artículo 334-5-6 del Código civil.

2.º Un bien mueble. Como son las estatuas, relieves o pinturas del artículo 334-4 del Código civil, o las máquinas, vasos o utensilios del artículo 334-5 del Código civil, o los viveros y criaderos del artículo 334-6 del Código civil. Como dice Díez PICAZO, en el Derecho español no existen más clases de pertenencias que aquellas que son bienes muebles. Los bienes inmuebles y los derechos no pueden ser pertenencias. Esta es una cuestión muy problemática que será expuesta más adelante, ya que constituye la parte fundamental de este tema.

3.º Que exista una determinada relación entre el bien inmueble y el bien mueble; es decir, que los bienes muebles, estatuas, relieves, pinturas, máquinas, utensilios, viveros o criaderos han de estar unidos al inmueble ya de un modo permanente (art. 334-4 del Código civil) o bien destinados a la explotación o industria que se realice en el inmueble (artículo 334-5 del Código civil).

4.º Esta relación sea un acto de destino hecha por el propietario del bien inmueble, que a la vez debe ser propietario del bien mueble. Los bienes muebles han de estar colocados por el dueño del inmueble de un

(2) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1963, tomo I, volumen II, pág. 569. ALBALADEJO: *Derecho civil. Introducción y parte general*, Barcelona, 1970, pág. 402. Díez PICAZO: *Lecciones de Derecho civil*, tomo III: *Derecho de cosas*, Universidad de Valencia, 1967. PÉREZ y ALGUER: *Derecho civil de Enneccerus*, 39 edición, vol. I, pág. 563.

modo permanente (art. 334-4 del Código civil) o bien destinados por el propietario a la industria o explotación (art. 334-5 del Código civil).

Cuando se dan estos requisitos, las pertenencias cuyo concepto no está recogido en el Código civil español, pero sí en el Código civil alemán y el Código civil italiano, se convierten en bienes inmuebles por destino.

Cuales sean las consecuencias jurídicas de esta relación de pertenencias respecto a ello no hay una formulación clara. El artículo 883 del Código civil dice que la cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios. El artículo 1.097 del Código civil señala que la obligación de entregar una cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios. Sin embargo, en materia de hipoteca el supuesto es el contrario, tal como aparece regulado en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, donde, salvo pacto expreso, la hipoteca no comprende los efectos muebles que se hayan colocado en una finca para su adorno, comodidad o explotación, o para el servicio de una industria.

Por tanto, haciendo salvedad de los artículos 883 y 1.097 del Código civil, de difícil interpretación en el tráfico jurídico, la atribución de la misma regulación legal al bien inmueble y la pertenencia o bien de distinto régimen a los bienes inmuebles y pertenencias dependen, en definitiva, de la voluntad de las partes. En una venta o hipoteca pueden comprenderse mediante declaración los bienes inmuebles y las pertenencias, pero también pueden venderse e hipotecarse bienes inmuebles y excluir las pertenencias (3).

Accesorios.—Parte de la doctrina española considera el concepto de bienes accesorios. LACRUZ estima que, además de partes integrantes y pertenencias, en el Derecho español existe el de bienes accesorios; como bienes que están en relación con el principal, pero en un grado ínfimo de dependencia. Bienes accesorios son, según LACRUZ, las cosas puestas por el dueño del inmueble al servicio de otra cosa, pero sin que pueda existir una vinculación efectiva. Para ALBADALEJO cosas accesorias son las que sirven para el adorno, uso y perfección de otras, según el artículo 376 del Código civil. En orden al tráfico jurídico los actos de disposición de la cosa principal llevan consigo la disposición de las cosas accesorias, salvo pacto en contrario (art. 1.097 del Código civil).

(3) DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, pág. 389. Madrid, 1975.

III. PROPIEDAD HORIZONTAL Y ANEJOS

Cuando las cosas o bienes son pisos o locales en régimen de propiedad horizontal (P. H.) aparece en esta ley una nueva terminología, puesto que hay una serie de bienes que en principio no cabe clasificar dentro del esquema clásico de partes integrantes, pertenencias y accesorios. En la propiedad horizontal hay un derecho de propiedad separada sobre los pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente y un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su uso y disfrute (art. 396 del Código civil). La aparición en la P. H. del concepto de anejo (art. 3.º de la L. P. H.), donde también están las pertenencias, servicios y elementos comunes (art. 3.º de la L. P. H.), así como los servicios e instalaciones (art. 5.º de la L. P. H.), plantea una nueva problemática (4).

J. L. ALVAREZ considera como anejo una dependencia separada de los pisos y que sirve al piso o vivienda como accesorio. El anejo debe ser señalado de tal forma que pueda identificarse.

Para que exista anejo es necesario: 1.º Que se haya señalado en el título constitutivo de la propiedad horizontal. Ya que cualquier cosa accesorio pero que no se haya señalado expresamente como anejo en el título se convierte en un elemento común. 2.º La otra característica del anejo es que esté situado fuera del espacio destinado o delimitado por el piso (art. 3.º de la L. P. H.). Se trata de una finca anormal que por sí sola no tiene acceso al Registro de la Propiedad.

Nos encontramos, pues, que frente a la teoría típica del Código civil de que una cosa puede estar completada por pertenencias o accesorios, en la P. H. los pisos o locales pueden estar completados por un anejo cuyo concepto y características acabamos de ver.

En el tráfico jurídico de pisos y locales los anejos se presentan con un régimen jurídico distinto de los señalados en las pertenencias y accesorios.

1.º La disposición del piso o local lleva consigo la del anejo; la disposición de la cosa principal, piso, lleva consigo la disposición de la cosa accesorio, el anejo. 2.º El propietario no puede disponer separadamente del piso o del anejo, ambos no pueden ser enajenados por separado; si se dispone del piso, este acto de disposición lleva consigo el del anejo, y no cabe una venta separada del anejo para ser tratado como finca independiente.

(4) J. L. ALVAREZ: *Ob. cit.*, pág. 475. MONET: *Ob. cit.*, pág. 261.

IV. LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL CODIGO CIVIL

El artículo 392 del Código civil dice que hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece proindiviso a varias personas.

No se trata de exponer aquí la problemática de la comunidad de bienes ni las teorías expuestas para explicarlas, sino sólo el esquema legal necesario para relacionarlo con el piso o apartamento procomunal del artículo 4.º de la L. P. H. (5).

La propiedad indivisa sobre una cosa supone, en primer lugar, la existencia de un derecho de propiedad sobre esta cosa; lo que ocurre es que esta propiedad está limitada por la existencia de otros propietarios: los copropietarios. La propiedad indivisa es una verdadera propiedad, pero sólo se ejerce dentro de los límites que señala su cuota de participación; el régimen legal es el siguiente:

1.º Derecho de goce. El artículo 394 del Código civil dice que cada partícipe o comunero puede servirse de las cosas comunes con arreglo a su destino, siempre que no perjudique el interés de la comunidad y no impida a los demás comuneros ejercer su derecho.

2.º Derecho de disposición. Todo comunero tiene la plena propiedad de su parte y de sus frutos y utilidades. Puede enajenarla, cederla o hipotecarla, o sustituir a otro en su aprovechamiento, salvo si se trata de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o hipoteca queda limitado a la porción que se le adjudica al cesar en la comunidad (artículo 399 del Código civil).

3.º Derecho a pedir la división. Ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad; cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común (art. 400-1 del Código civil).

Si dividida la cosa es inservible para el uso que se le destine, o se trata de cosa indivisible (art. 404 del Código civil), se adjudicará a uno de ellos, indemnizando éste a los demás si hay acuerdo. Si no hay acuerdo se venderá y se repartirá el precio (art. 404 del Código civil). La venta se hará en pública subasta (art. 1.062 del Código civil).

Expuestos estos textos legales, vamos ahora a estudiar el tema de un tipo especial de comunidad proindiviso: el piso o local procomunal del artículo 4.º de la L. P. H.

(5) BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 173.

V. PISO O LOCAL PROCOMUNAL

Entre los elementos comunes de la propiedad horizontal están los que pueden considerarse como elementos comunes naturales, y que son los que señala el artículo 396 del Código civil, como el suelo vuelo..., canalizaciones y servidumbres, y entre los elementos comunes accidentales J. L. ALVAREZ considera que el artículo 4.º de la L. P. H. contiene una norma de suma importancia, pues se ha previsto la creación de un piso o local como elemento común accidental.

Este artículo 4.º de la L. P. H. permite la existencia de un piso o local, pero que lo mismo puede ser una superficie destinada a jardín o a pasos, en el que se establezca la proindivisión porque su destino sea para el servicio o utilidad común de todos los copropietarios.

Este piso o apartamento procomunal se caracteriza por los siguientes datos (6):

1.º Un piso o local en un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal. Que pertenece a los copropietarios de los pisos proindiviso entre ellos.

2.º Que no se permite ejercitar la división.

3.º Que se establece para el servicio o utilidad de todos los copropietarios.

Estos pisos o locales tienen el siguiente régimen legal: 1.º Derecho de goce. Lo tienen todos los comuneros que son dueños proindiviso del apartamento procomunal; se registrá este derecho, en primer lugar, por el pacto o estatuto que hayan creado este espacio procomunal (art. 4.º de la Ley de la Propiedad Horizontal), y en su defecto por el Código civil (arts. 398 al 406). 2.º Derecho de división. Los derechos de todo copropietario a la división de la cosa común (arts. 401 y 404 del Código civil) no se dan aquí. El piso, local o espacio de terreno que tiene la cualidad de procomunal es indivisible (art. 4.º de la L. P. H.). Así como en el Código civil cada comunero puede pedir en todo tiempo la división de la cosa común, aquí la indivisibilidad ha sido formulada de una manera expresa en el título constitutivo y por unanimidad, y sólo por unanimidad de todos los comuneros se puede cesar en la proindivisión (arts. 4.º y 16-1 de la Ley de la Propiedad Horizontal). 3.º Derecho de disposición. El tema del de-

(6) MONET: *Ob. cit.*, pág. 260. Señala como una cuestión interesante la renuncia de la titularidad procomunal por alguno o algunos de los comuneros; para este autor parece posible siempre la renuncia, pero esto no convierte la propiedad procomunal en propiedad ordinaria.

recho de disposición es el que más nos interesa en orden a la calificación que a nuestro juicio tiene este derecho de propiedad proindiviso sobre el departamento procomunal y que es, a nuestro juicio, una pertenencia inmobiliaria del piso o local que está inscrito como finca independiente.

La propiedad indivisa o propiedad de una cuota sobre el piso procomunal no puede enajenarse, ni gravarse, ni ser embargada sin la parte privativa de la que es anejo inseparable (art. 396 del Código civil). Y la acción de disposición o de gravamen sobre un piso o local privativo de uno de los comuneros lleva consigo la enajenación o el gravamen de la cuota procomunal (arts. 396 y 399 del Código civil).

VI. LAS PERTENENCIAS INMOBILIARIAS

El Código civil alemán (B. G. B.), después de decir en el artículo 91 que sólo en sentido legal son cosas los objetos corporales, viene a distinguir entre partes esenciales y pertenencias.

Parte integrante esencial es, según el artículo 93 del B. G. B., las partes constitutivas de una cosa que no pueden separarse la una de la otra sin que la una o la otra sea destruida o modificada en su esencia. Estas partes integrantes esenciales no pueden ser objeto de derechos particulares (7).

El artículo 94 del B. G. B. señala una ampliación de este concepto cuando dice que son partes esenciales constitutivas: las cosas unidas fijamente al suelo, como edificios, frutos y semillas una vez plantados o sembrados.

Existen en el B. G. B. partes integrantes no esenciales; son aquellas que siendo integrantes no afectan a la sustancia de la cosa, y dentro de esta clase se encuentran los derechos (art. 96 del B. G. B.). Los derechos que están ligados a la propiedad de una finca se consideran como partes constitutivas o integrantes de dicha finca; es el caso de las servidumbres prediales. En el Código civil español el artículo 534 dice que las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen (8).

(7) LEHMAN: *Tratado de Derecho civil*. Volumen I traducido por J. M. NAVAS, página 531, Madrid, 1956. LANGE: *Allgemeiner Teil. BGB*, Berlín, 1966, pág. 207.

(8) CASTRO: *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I, pág. 509. Los derechos subjetivos con titular mediatamente determinado. CASTRO dice que existen derechos subjetivos que aunque se consideran independientes están al servicio de otro principal como son las servidumbres prediales en relación con la propiedad del fundo dominante. Ha preocupado a la doctrina el examen del carácter jurídico de esa dependencia entre el derecho principal y el subordinado. Se le considera como derecho subjetivo real. La importancia práctica de esta figura radica en una simplificación para defender este derecho. Basta la prueba de la titularidad básica,

El concepto de pertenencia aparece regulado en el artículo 97 del B. G. B., y requiere que se den las siguientes condiciones: 1.º Existencia de dos cosas, una principal y otra accesoria. 2.º La cosa accesoria ha de ser mueble; como dice LEHMANN, no cabe en el Derecho alemán la pertenencia de un bien inmueble, y en este mismo sentido LANGE. Sólo las cosas muebles pueden ser pertenencias, y no pueden serlo los bienes inmuebles; en este aspecto la solución del Derecho alemán aparece clara, cosa que no lo está en el Derecho italiano, y que vamos a ver ahora.

El Código civil italiano regula las pertenencias en los artículos 817, 818 y 819, y las define en el artículo 817-1 como las cosas destinadas de un modo duradero al servicio u ornamento de otra cosa. Pero el tema que nos ocupa no es el estudio de las pertenencias, sino de las pertenencias inmobiliarias; es decir, si un bien inmueble puede ser pertenencia de otro bien inmueble, y en tal caso cuál es el régimen jurídico de ambos inmuebles (9).

DE MARTINO señala cómo el Código civil no ha resuelto el problema que plantea el artículo 817 si la relación de pertenencia sólo se da de un bien mueble con otro inmueble, o puede darse también entre dos bienes inmuebles; la cuestión es resuelta generalmente en sentido negativo, es decir, no cabe que un bien inmueble sea pertenencia de otro bien inmueble. Pero no faltan autores como BIONDI que señalan cómo la relación de pertenencia puede darse entre dos inmuebles.

DE MARTINO considera que no caben las pertenencias inmobiliarias al amparo del artículo 817 del Código civil, puesto que no cabe que un bien inmueble esté destinado al servicio permanente y duradero de otro bien inmueble. Una finca o terreno inmueble no tiene una individualidad o una cosa mueble, sino que puede ser alterada por el propietario en virtud de segregación, división o agrupación. Por su propia naturaleza—dice DE MARTINO—no parece que un inmueble pueda estar puesto al servicio de otro inmueble.

Pero esta doctrina no es compartida por todos. TRABUCCHI considera que un bien inmueble puede ser pertenencia de otro, como el terreno que aun no siendo adyacente se destina a recibir la descarga de una industria; también para este autor un bien mueble puede ser pertenencia de otro bien mueble en el caso, por ejemplo, del marco y el cuadro.

BIONDI dice que el artículo 817 del Código civil habla de pertenencias de una manera general, y ésta puede ser mueble o inmueble. El Derecho romano—dice BIONDI—ya admitió las pertenencias inmobiliarias

la propiedad (art. 348 del Código civil) y la existencia del derecho (art. 534 del Código civil) para ser considerado titular legítimo de este derecho.

(9) DE MARTINO: *Della Propietà*, 3.ª ed. Commentario del C. Civile, pág. 45. BIONDI: *Los bienes*. Traducido por A. E. MARTÍNEZ-RADÓ, Barcelona, 1961, pág. 199.

tal como aparece en el texto del Digesto, que es el L-20-1-D-8-5, que examinaremos a continuación. Frente a un texto tan general como expresa el artículo 817 del Código civil italiano, en el cual define el concepto de pertenencia como relación de cosa a cosa, no hay o no parece que haya obstáculo jurídico—dice BIONDI—para que un bien inmueble pueda ser pertenencia de otro bien inmueble, como en el caso de un almacén.

Excluir las pertenencias inmobiliarias significa—como dice BIONDI—no darse cuenta de las exigencias prácticas que resuelven este tipo de pertenencias. Se trata de dos inmuebles, uno accesorio y otro principal, de un mismo propietario, que es el que dispone que un bien inmueble esté al servicio del otro.

La regulación jurídica de las pertenencias en el Código civil italiano es la siguiente (art. 818-1): los actos jurídicos que afectan a la cosa principal también afectan a las pertenencias, salvo pacto en contrario.

Respecto a los terceros (arts. 818 y 819 del Código civil italiano), señala que la cesación de la cualidad de pertenencia no puede ser opuesta a terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad sobre la cosa principal, y que el destino de una cosa al servicio u ornamento de otra no perjudica los derechos preexistentes sobre esa cosa en favor de terceros.

Todo esto nos sirve para ver cómo parte de la doctrina italiana—especialmente BIONDI—considera que un bien inmueble puede ser pertenencia de otro bien inmueble, por ser accesorio de él y haber sido destinado por el propietario de ambos, aunque ciertamente reconoce que no todos los bienes inmuebles pueden ser pertenencias o accesorios de otros bienes inmuebles.

VII. LEGISLACION ESPAÑOLA

Examinado el Derecho alemán y el italiano, entramos en la conclusión de este tema, que los anejos y las propiedades proindiviso de un piso, local o espacio procomunal son pertenencias inmobiliarias de un bien inmueble con categoría de principal, que es el piso o local al cual están unidos inseparablemente. Pero para llegar a esta conclusión consideramos interesante el examen de los siguientes textos.

GLUCK y BRUGI. El texto del Digesto, D-8-5-20-1, dice cuando varias personas de un municipio que poseían diversos predios compran una dehesa destinada al aprovechamiento procomunal para apacentar allí sus ganados, pero luego vendían los predios de los que eran individualmente propietarios. Se pregunta si al hacer la venta se habrán transmitido con-

juntamente con dichos predios el derecho de apacentar los ganados en el predio común, habiendo sido voluntad de los vendedores al enajenar este derecho. La respuesta es que había que estar a la voluntad de los contratantes, pero si no se expresa voluntad alguna con la venta del predio también pasaba el derecho a los compradores (10).

En este texto aparece claro, a nuestro juicio, que la venta de un predio lleva consigo la venta de la parte indivisa de otro predio; éste se dedicaba a pastos.

GLUCK y BRUGI ven en este texto cómo hay tierras para pastos atribuidas a los poseedores vecinos, y aunque para algún autor como RUDORFF el derecho sobre las tierras con pastos son servidumbres personales de los fundos vendidos. BRUGI, del texto de SCAEVOLA ya citado, señala que lo que aquí se revela es la existencia de pertenencias inmobiliarias, porque se trata de un terreno que es una propiedad proindiviso cuyas cuotas pertenecen a los dueños de los propietarios colindantes; el texto de SCAEVOLA, para este autor, no tiene ninguna relación con el derecho real de servidumbre. Hay un fundo que es propiedad indivisa de varias personas, y hay otros fundos de propiedad individual de estas mismas personas. El derecho de los dueños de los predios a una parte del otro predio dedicado a pastos es una pertenencia inmobiliaria. Vendido el predio individual se entiende vendido la parte que le corresponde en la propiedad indivisa del fundo destinado a pastos.

FERRINI (11) sigue este mismo criterio cuando dice que las cosas, tanto muebles como inmuebles, pueden ser pertenencias, y, por tanto, un bien inmueble puede tener como pertenencia tanto cosas muebles como bienes inmuebles, y un claro ejemplo de esto es el texto D-32-91-5, que dice que el que poseía una casa compró un huerto vecino a aquélla. Si compró el huerto por razón de la casa, con el fin de embellecerla y hacerla más saludable, y le dio acceso por su misma casa, entonces el huerto fue un complemento de la casa y, como consecuencia, el huerto entraba en el legado de la casa.

ARNDTS y SERAFINI (12) definen la cualidad de pertenencia como un ligamen entre una cosa y otra, en virtud de un destino que consiste en que una de estas cosas, la accesoria, está destinada a servir a la cosa principal, y otro bien inmueble la cosa accesoria. Para estos autores existen

(10) GLÜCK y BRUGGI: *Commentario alle Pandette*, Libro VIII, págs. 307 y siguientes. Se cita el texto castellano del *Digesto* por ALVARO DORS. HERNÁNDEZ-TEJERO: *Fuenteseca*, García Garrido y Burillo, Pamplona, 1968.

(11) FERRINI: *Manual di Pandette*, 4.ª ed., 1953, pág. 223.

(12) ARNDTS y SERAFINI: *Trattato delle Pandette*, Bolonia, 1874, tomo I, página 87.

las pertenencias inmobiliarias que aparecen en el siguiente texto, D-19-1-52-3. Delante de una casa a orillas del mar echaron unos bloques y se formó un muelle; la casa fue vendida tal como la poseía el propietario. Se pregunta si el muelle que había sido unido a la casa por el vendedor pertenece también al comprador por derecho de compra. Se respondió que la casa vendida debía tener el mismo derecho que tuviese antes de ser vendida.

WINDSCHEID, FADDA y Bensa dicen que son pertenencias aquellos bienes que sin ser parte constitutiva de otra cosa están en relación con ella, de tal forma que según el comercio jurídico se consideran como comprendidas en esa cosa. Para este autor la pertenencia puede ser un bien inmueble; es decir, que la relación se da entre un bien inmueble con carácter de cosa principal y un inmueble como accesorio de la cosa principal (13).

Sin embargo, los anotadores de WINDSCHEID, FADDA, Bensa y BONFANTE no siguen este criterio. Para esta doctrina el texto del Digesto ya citado, D-8-5-20-1, así como otro, el D-32-91-4, dan una opinión contraria: dicen que no se trata en los textos que acabamos de citar de la cuestión de la existencia de pertenencias inmobiliarias, sino se trata de una interpretación de cláusulas testamentarias. El fundo no tiene, como las cosas muebles, una unidad relativamente estable e independiente del arbitrio individual, ya que puede ser constituido o modificado con arreglo a la voluntad de las personas, es decir, puede agruparse, segregarse o dividirse. Se puede, por tanto, en los bienes inmuebles reunir dos fundos en uno solo o dividir una finca en dos.

RASI señala el siguiente texto, D-33-7-20: dejó a mi hermana mi fundo con su establo y todas las pertenencias rústicas. Se pregunta si con la denominación de fundo entran también los prados que el testador había adquirido con el fundo y que siempre había tenido para el servicio de su posesión. La respuesta es que si el testador había unido los prados al fundo también se debían éstos. Como criterio de estas pertenencias inmobiliarias se citan la *appellatione fundi* o también *ex communi pretio*: se trata también de un caso de pertenencias inmobiliarias.

Con estos antecedentes del Código civil italiano y los textos del Digesto citados se puede mantener ya la tesis de que tanto los anejos como la propiedad indivisa que recae sobre piso, local o espacio de terreno procomunal no son más que pertenencias inmobiliarias del piso o local principal. Hay un bien principal que es el piso o local de la propiedad exclusiva de un dueño, y como cosas accesorias el anejo y la cuota proindi-

(13) WINDSCHEID y FADDA y Bensa y BONFANTE: *Diritto delle Pandette*, Torino, 1926, vol. I-2, págs. 16 y 677.

visa del piso o terreno procomunal, que es pertenencia inmobiliaria del piso o local que actúa como bien principal.

El esquema legal del tráfico jurídico de la pertenencia como bien mueble, que como hemos visto se recoge en los artículos 883 y 1.097 del Código civil, y 111 de la Ley Hipotecaria, no sirve para la propiedad horizontal. El criterio del Código civil y de la Ley Hipotecaria, tal como se desprende especialmente del artículo 101 de la Ley Hipotecaria de una manera clara, y de una interpretación más dudosa de los artículos 883 y 1.097 del Código civil, es que el tráfico jurídico de las pertenencias muebles se rigen en primer lugar por la voluntad de las partes, y en segundo lugar por los supuestos que dice la ley.

Hay que hacer constar, a nuestro juicio, que en este tema son válidos los criterios de interpretación que para el Código civil señalan los artículos 346 y 347.

En materia de propiedad horizontal el criterio es distinto, y obedece a las siguientes normas:

1.^a El artículo 3.º de la L. P. H., que define este régimen como el compuesto por un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y un derecho de copropiedad con los demás dueños de pisos o locales sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes.

2.^a El artículo 5.º de la L. P. H. señala cómo en el título constitutivo de dicha propiedad se describen, además del inmueble, los pisos o locales; la descripción de cada piso o local expresará su extensión, linderos y planta, con los anejos que le correspondan, tales como garaje, buhardilla y sótano.

3.^a Según el artículo 396 del Código civil, las partes en copropiedad no son susceptibles de división, y sólo podrán ser enajenadas, gravadas y embargadas juntamente con la parte privativa, de las que son anejo inseparable.

4.^a Artículo 3.º de la L. P. H. Cada propietario puede disponer libremente de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran; fórmula, a nuestro juicio, poco precisa, porque ¿cuáles son los elementos que integran un derecho?

Aparece, por tanto, que el régimen de las pertenencias inmobiliarias en materia de propiedad horizontal es distinto al régimen de las pertenencias mobiliarias en el Código civil. El régimen jurídico de dichas pertenencias en la propiedad horizontal podemos decir que se puede exponer así:

La transmisión de un piso o local, es decir, de un derecho de propiedad exclusiva, lleva consigo la transmisión de los anejos y de la propiedad limitada a una cuota que recae sobre los terrenos, locales o pisos que tengan el carácter de procomunal. No cabe la venta separada del anejo o de la cuota procomunal, o viceversa. Los actos de disposición sobre el piso o local que constituye la base objetiva sobre la cual descansa el régimen de la propiedad horizontal lleva consigo la venta del correspondiente anejo o cuota procomunal.

Para cambiar estos preceptos legales se necesita el acuerdo de todos los comuneros, pues lo primero que hay que cambiar es el régimen jurídico de los anejos y de las cuotas procomunales, para convertirlos en fincas independientes y poder proceder a realizar actos de disposición sobre ellos en la forma que determina la L. P. H. Mientras existan como tales anejos y cuotas procomunales actúan como pertenencias inmobiliarias y siguen el régimen legal expresado claramente en el artículo 396 del Código civil y 3.º de la L. P. H.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ
Registrador de la Propiedad



Inscripción de la partición conjunta de contador y herederos y de la partición de contador con la aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos *

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Realidad práctica de la partición conjunta de contador y herederos:* 1. Supuestos prácticos de partición conjunta.—2. El problema de la exclusión del contador por acuerdo unánime de los herederos y su repercusión en la frecuencia de la partición conjunta: a) Postura clásica o tradicional. b) Posición de GONZÁLEZ PALOMINO y de LACRUZ interpretando la presumible voluntad del testador. c) Posición que permite a los herederos prescindir de la voluntad del testador. d) La postura matizada y dubitativa de ALBALADEJO. e) Nuestra postura.—III. *Viabilidad legal de la partición conjunta: dificultades y superación de las mismas.*—IV. *Clases de partición conjunta:* 1. Clasificación por la forma de expresión: aparente y encubierta.—2. Clasificación por el momento de conjunción de actuaciones: simultánea y sucesiva.—3. Clasificación atendiendo a los herederos que participan: de todos y de algunos de los herederos con el contador.—4. Clasificación atendiendo al grado de actuación conjunta de contador y herederos: total y parcial.—V. *Naturaleza jurídica de la partición conjunta de contador y herederos:* 1. Teoría de la asimilación de la partición conjunta a la partición exclusiva de contador.—2. Teoría acumulativa.—3. Teoría de la aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos. Nuestra postura.—VI. *Consecuencias prácticas de la aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos en cuanto a normativa aplicable.*—VII. *Elementos para la caracterización de la partición como conjunta:* 1. Realización conjunta de la partición. Posición de la Dirección.—2. Basta que realicen conjuntamente la partición el contador y algunos de los herederos, aunque no intervengan todos, para la calificación de la partición como conjunta, aunque defectuosa.—3. Basta que la realización conjunta se refiera a alguna operación partitional, aunque el contador haya realizado por sí solo

(*) Este trabajo es una aportación al Centro Regional de Derecho Hipotecario de Andalucía Occidental. El día 23 de mayo de 1976 se expusieron las líneas fundamentales del mismo en Córdoba.

las restantes.—VIII. *Confrontación de estos elementos de caracterización de la partición conjunta en supuestos especiales*: 1. Partición de contador con intervención de los herederos para subsanar la preterición padecida en el testamento.—2. Partición simultánea de dos herencias por el contador de una de ellas y por los herederos de ambas con adjudicaciones *in totum revolutum*.—3. Partición de herencia por el contador formalizada simultáneamente con donación del viudo a hijos comunes, produciéndose adjudicaciones *in totum revolutum* por los títulos de donación y herencia.—IX. *Estudio de la partición de contador con aprobación de los herederos y de los distintos significados de esta aprobación en relación con la partición conjunta*.—X. *Partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos*: 1. Significado de la aprobación de los herederos en este supuesto.—2. Naturaleza de la partición en este supuesto.—3. Consecuencias prácticas.—XI. *Partición que aparentemente está realizada por contador con aprobación de los herederos, pero que encubre una partición conjunta de contador y herederos*.—XII. *Partición de contador excediéndose de sus facultades con aprobación de los herederos*.—XIII. *Partición de contador incapaz o inhábil con aprobación de los herederos*.—XIV. *Partición de contador fuera de plazo con aprobación de los herederos*: 1. Teoría de la prórroga tácita. Postura de la Dirección.—2. Teoría de la ratificación de los herederos.—XV. *La partición exclusiva de contador con intervención de los herederos a otros efectos no relacionados con las operaciones particionales*: 1. La aceptación de la herencia por los herederos.—2. La intervención de los herederos en el inventario al ser citados por el contador en el caso previsto por el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil.—3. La intervención de los herederos en el inventario para obtener ciertos beneficios en algunas regiones forales.—4. La intervención de algún heredero al único objeto de solicitar del contador la realización de la partición.—5. La intervención de los herederos en la escritura de partición para otorgar actos distintos de los particionales.—6. La intervención para liquidar previamente la sociedad conyugal.—7. Partición simultánea de dos herencias.—XVI. *La actuación del Notario y del Registrador ante la intervención conjunta de contador y herederos en la escritura*: 1. La actuación del Notario.—2. La actuación del Registrador.

I. PLANTEAMIENTO

Junto a la partición realizada exclusivamente por el contador, a la que se refiere el artículo 1.057 del Código civil, y al lado también de la partición otorgada exclusivamente por los herederos, contemplada en el artículo 1.058 del Código civil, no cabe desconocer la existencia en la práctica y la viabilidad legal de la partición conjuntamente realizada por el contador y los herederos, en la que aquél comparte sus funciones con éstos, dando lugar a una figura que podríamos llamar *partición conjunta o compartida*. Esta clase de partición conviene relacionarla y diferenciarla de la partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos distintos de los estrictamente particionales.

Por tanto, vamos a estudiar tres figuras:

- La PARTICION CONJUNTA de contador y herederos.
- La PARTICION DE CONTADOR CON APROBACION DE LOS HEREDEROS.
- La PARTICION EXCLUSIVA DE CONTADOR con intervención de los herederos en la escritura a efectos distintos de la partición.

Figuras de partición éstas que deben ser del interés de Notarios y de Registradores especialmente, porque la influencia de dichos funcionarios en la delimitación de esas variadas y complejas formas de partición es importante, como lo demuestra la existencia de numerosas resoluciones de la Dirección General en las que se han planteado y resuelto las cuestiones que las mismas producen.

II. REALIDAD PRACTICA DE LA PARTICION CONJUNTA DE CONTADOR Y HEREDEROS

Estudiaremos en primer lugar, a través de sucesivos epígrafes, la partición conjunta. Empezaremos diciendo que no es una mera hipótesis de laboratorio, sino que, por una u otra razón, aparece en los títulos inscribibles y creemos que seguirá dándose en la práctica notarial y registral, aunque reconocemos que no es una figura muy extendida en los documentos, y también que su frecuencia puede venir condicionada o limitada por la solución que se dé al problema de la posible exclusión del contador por la actuación unánime de los herederos. Veamos, pues, los supuestos prácticos de partición conjunta otorgada en un título inscribible y su relación con el problema apuntado de la necesidad o no necesidad de la actuación del comisario.

1. SUPUESTOS PRÁCTICOS DE PARTICIÓN CONJUNTA

a) Unas veces, las más de las veces, aparece esta figura en cuadernos privados de partición debido a una imprecisa delimitación de las funciones de los firmantes del documento. Cabe imaginar que en el pensamiento de los firmantes quizá no siempre se haya querido articular una partición conjunta de contador y herederos, pero lo cierto es que así resulta de muchos cuadernos particionales, en los que consta que han practicado las diferentes operaciones el contador en unión de los herederos. Ante esta declaración terminante u otra similar surge, ineludible-

mente, a efectos registrales, la partición conjunta, sin que quepa ya desconocer su existencia ni tratar de transformarlas *a posteriori*, en el momento de la protocolización o aprobación, en una participación exclusiva de contador, pues atentaría al principio de los actos propios.

Para explicar este supuesto de partición conjunta, baste recordar lo que dice RUIZ ARTACHO: «Son variadísimas, en verdad, las prácticas participacionales seguidas por Abogados, Notarios y demás técnicos, cada una de las cuales pone de relieve el mejor o peor estilo de sus autores» (1). Pues bien, añadimos nosotros, una de esas prácticas es la actuación conjunta de contador y herederos en la partición, sin precisar la distinta eficacia de su intervención, limitándose a expresar que todos realizan y firman la partición de la herencia.

b) Otras veces la partición conjunta surge o puede surgir como figura intencionadamente querida por los otorgantes, al haber sido articulada así, de modo consciente, por el funcionario autorizante del documento. Hay que reconocer que en la práctica los Notarios no se suelen atrever a decir de forma categórica que las operaciones participacionales han sido practicadas de forma conjunta por contador y herederos. Ello puede deberse a la creencia de que tal modalidad de partición no es viable legalmente, o bien a la tendencia a huir de ciertos requisitos que llevaría consigo tal partición conjunta. Pero la viabilidad legal de la partición compartida luego veremos que debe quedar fuera de duda. Y en cuanto a la necesidad de cumplir ciertos requisitos esa modalidad de partición, aunque efectivamente es así, no hay que olvidar que en ciertos casos puede ser la única forma adecuada de resolver algunos problemas de la partición de contador.

En este sentido, la partición conjunta puede predicarse como fórmula aconsejable en los siguientes casos:

— Cuando el contador se ha extralimitado o se va a extralimitar en sus facultades es imprescindible la intervención en la partición, junto con él, de todos los herederos, para que la partición realizada o la que se pretende realizar tenga validez. Así, la resolución de 10 de enero de 1903, en un caso en que el contador adjudicó los bienes de la herencia a unos herederos, imponiéndoles la obligación de satisfacer el exceso en metálico a otro heredero, sin ser indivisibles los bienes, no admite la inscripción del documento y parece reconocer la figura de la partición conjunta como forma de resolver la extralimitación de facultades del comisario, pues dice: «No puede prescindirse de que tal consentimiento (el

(1) RUIZ ARTACHO: «Partición de herencia por comisario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 287, abril 1952, pág. 243.

de los herederos) conste en legal forma cuando el contador partidor verifica actos que no sean de verdadera partición». Otro ejemplo puede ser el caso en que el contador pretenda realizar por sí mismo la conmutación del usufructo del cónyuge viudo en alguna de las modalidades previstas por el artículo 839 del Código civil, cosa que no es admisible si no intervienen conjuntamente los herederos en la partición (2).

— Cuando en el testamento ha habido preterición de algún heredero, una forma de solucionar ese defecto de preterición sin recurrir a la declaración de herederos consiste en formalizar la partición interviniendo el contador en unión de todos los posibles interesados. Así se desprende de la resolución de 14 de agosto de 1959, de la que luego nos ocuparemos.

— Cuando el Notario autorizante del documento tenga dudas o estime que van a tenerlas otros funcionarios en su día, respecto a la legitimación o capacidad del comisario (ejemplo: ¿puede ser comisario el legatario de parte alícuota?) (3), o acerca de si dicho comisario se ha excedido en su actuación [ejemplos: ¿puede adjudicar el metálico a un heredero y los bienes inmuebles a otros? (4), ¿puede prescindir de la desheredación establecida en el testamento sin expresión de la causa? (5), ¿puede liquidar junto con el viudo la sociedad conyugal sin intervención

(2) En este sentido, ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, que dice al tratar de la relación entre conmutación y partición hereditaria lo siguiente: «¿Quid de las facultades de los contadores-partidores? Creemos que no cabe que ellos decidan por sí solos la conmutación. Es facultad que se asigna a los herederos. Salvo que éstos aprueben la efectuada por ellos. Su consentimiento es necesario». Deja a salvo la posibilidad de efectuar la conmutación cuando lo haya impuesto el testador. («La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVII, fascículo II, julio-septiembre de 1964, pág. 605.)

(3) La Resolución de 30 de junio de 1956, en un supuesto de contador-partidor que era legatario de usufructo de parte alícuota, estima que puede serlo por ser la norma del artículo 1.057 del Código civil prohibitiva y, por lo mismo, de interpretación restrictiva, y, además, ser el legado de usufructo «un *ius in re aliena* de índole temporal» (*Jurisprudencia registral* de ROCA-MOLINA, tomo IX, pág. 449). En cambio, LACRUZ, que parte de una interpretación amplia de la palabra «heredero» en el artículo 1.057, comprensiva del legatario de parte alícuota, considera el criterio de esa resolución como «probablemente erróneo» (*Derecho de Sucesiones*, I, 1971, pág. 236, especialmente nota 6).

(4) Se ocupa de este problema, derivado del artículo 1.061 del Código civil, LACRUZ (*ob. cit.* en nota anterior, pág. 239).

(5) La Resolución de 30 de abril de 1906 no permite que el contador haga las adjudicaciones prescindiendo de los derechos del cónyuge viudo, a pesar de la desheredación contenida en el testamento, pues era necesario que hubiese existido alguna de las justas causas de desheredación (*Jurisprudencia registral* de ROCA-MOLINA, tomo IV, pág. 51). Por tanto, parece que la Dirección estima que el contador no debe tener en cuenta la desheredación en tal caso (así la interpreta BUENAVENTURA CAMY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 1.ª ed., tomo III, pág. 339). Pero, para prescindir de tal cláusula, ¿debe contar con los herederos? La resolución también prevé como solución que el contador espere al resultado del pleito de separación existente entre los cónyuges.

de los herederos?] o acerca de si ha transcurrido o no el plazo de su encargo [ejemplo: el contador que alega que ha tenido conocimiento de su nombramiento después de pasar seis años desde el fallecimiento, aun viviendo en el mismo pueblo que los herederos (6)]. En todos estos casos el problema puede solucionarse eludiéndolo, si intervienen todos los herederos en unión del contador. Claro que, en principio, no aconsejamos esta forma de proceder, pues puede revelar cierta pereza o inercia intelectual. Pero, en ocasiones, la acumulación de trabajo puede abrumar en un momento dado al funcionario autorizante, y el problema tiene esa fácil solución si no tienen inconveniente en intervenir conjuntamente los herederos y el contador.

— Cuando son los propios interesados los que quieren que se formalice la partición de forma conjunta, el Notario no tiene otra alternativa que esa modalidad de partición. Piénsese en el caso de que los contadores, a pesar de querer realizar la partición, quieren evitar responsabilidades o críticas de los herederos. En tal supuesto, la firma conjunta de las operaciones particionales es una fórmula aconsejable.

— Incluso cabe imaginar que sea el propio testador el que haya previsto esa actuación conjunta o compartida de contador y herederos. Así, según GONZÁLEZ PALOMINO, su cláusula testamentaria de «no estorbar», que ahora veremos, tiene dos partes, y la primera, según él, «permite la actuación concurrente de comisarios y de coherederos» (7).

2. EL PROBLEMA DE LA EXCLUSIÓN DEL CONTADOR POR ACUERDO UNÁNIME DE LOS HEREDEROS Y SU REPERCUSIÓN EN LA FRECUENCIA DE LA PARTICIÓN CONJUNTA

Aunque este otro problema es distinto del de si cabe partición conjunta, no hay duda de que la solución que se dé al mismo repercute de algún modo en el problema que estamos examinando. Decimos que son cuestiones distintas: en un caso se trata de saber si pueden los herederos, por acuerdo unánime, partir la herencia por sí solos prescindiendo del comisario; en otro caso, se trata de resolver si los herederos pueden practicar la partición de una forma conjunta o compartida con el contador.

(6) La Dirección General contesta a este problema en relación con el Registro, negando al Registrador facultades de calificación respecto al cómputo del plazo a partir del día en que el contador expresa que tuvo conocimiento del nombramiento (Resoluciones de 3 de julio de 1926 y 12 de abril de 1951). Pero consideramos conveniente que se dé una explicación en la escritura de la causa del desconocimiento del nombramiento hasta una fecha tan tardía y, a ser posible, que comparezcan los herederos, a fin de evitar la impugnación de la partición del contador.

(7) GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, 1964, vol. II, página 294.

Pero también hemos dicho que la solución del primer problema puede producir una incidencia o influencia en la frecuencia de la partición conjunta en la práctica. No es que necesariamente produzca esa influencia, pues aunque se admita que los herederos pueden prescindir del comisario, podría seguir dándose en la práctica la partición conjunta de contador y herederos. Pero, lógicamente, aquel problema tiene que repercutir en el tema que estamos examinando, pues si se admite que los herederos pueden prescindir del comisario, todos esos casos de preterición, extralimitación de facultades o de duda sobre legitimación y plazo del comisario podrían resolverse sin necesidad de recurrir a la figura de la partición conjunta, interviniendo en la escritura todos los herederos sin el contador. Y viceversa, si se entiende que no se puede prescindir del comisario, dentro del plazo de su encargo, entonces cobrará mayor importancia la partición conjunta en los supuestos anteriormente citados.

Por ello, conviene dedicar unas líneas a este problema de si los herederos pueden excluir al comisario nombrado por el testador, antes de continuar nuestro estudio sobre la partición conjunta.

Existen varias posturas sobre dicho problema, que exponemos a continuación:

a) *Postura clásica o tradicional: necesidad de la intervención del comisario.*—Según esta postura, que debe considerarse dominante, los herederos no pueden prescindir del comisario mientras esté vigente su mandato. Se citan en este sentido la resolución de 22 de octubre de 1897 (8) y ciertos matices de la sentencia de 19 de febrero de 1962 (9). Entre los autores pueden citarse, como más recientes: GARCÍA-MONGE (10), pues, aunque este autor permite la actuación de los herederos sin el comisario, es a condición de que luego éste preste su aquiescencia a la partición realizada por aquéllos, lo cual sólo se explica partiendo del principio de la necesidad de intervención del comisario; por su parte, ALFONSO DE COSSÍO se expresa así: «Cabe preguntarse cuál sea la eficacia de la partición practicada por los herederos por acuerdo directo entre ellos, existiendo un contador partidario testamentario que esté dispuesto a realizarla él. Aunque parecería lógico el admitir que en tal supuesto, divididos los bienes por los interesados en la herencia, el contador partidario estuviera obligado a aceptar la distribución hecha por los herederos, que será lo más frecuente, no creemos, sin embargo—termina diciendo—que, dados los términos en que el Código civil se manifiesta, sea posible privarle por

(8) Puede verse esta Resolución en *Jurisprudencia Civil*, tomo 82, núm. 114, página 564.

(9) *Aranzadi*, núm. 1.096, pág. 710, año 1962.

(10) GARCÍA-MONGE Y MARTÍN, «La partición de la herencia», *Revista de Derecho Privado*, año 1963, págs. 139 a 143.

este medio de las facultades que le fueron atribuidas por el testador» (11). Sin perjuicio de volver luego sobre esta tesis, cuando expongamos nuestra opinión, baste decir ahora que, efectivamente, el artículo 1.058 del Código civil es un buen argumento en favor de esta postura, pues sólo prevé la actuación de los herederos en la forma que tengan por conveniente «cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esa facultad».

b) *Posición de GONZÁLEZ PALOMINO y de LACRUZ interpretando la presumible voluntad del testador.*—Ambos autores vienen a defender, de forma más o menos terminante, que los herederos pueden prescindir por unanimidad de la intervención del comisario. Pero sus argumentos, obtenidos a través de una presunta y, por lo mismo, artificiosa interpretación de la voluntad del testador, no son convincentes.

GONZÁLEZ PALOMINO (12), después de ocuparse del supuesto de heredero único, que ahora no nos interesa, dice lo siguiente en relación con el caso de existencia de varios herederos: «Me parece, además, extrañoísimo que nadie se haya atrevido a sustentar una tesis que a mí me parece de toda evidencia, en contra de la común y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina cerrada de la Dirección General. Y es la de que aun *habiendo* no ya uno solo sino muchos herederos, y *comisario partidario* testamentario que haya aceptado su cargo y esté en pleno plazo de ejercicio de sus funciones, *es posible y válida la actuación particional* de los herederos, si todos están de acuerdo en partir y en cómo partir, *nemine discrepante*. Más aún: que en tal caso *es válida la actuación de los coherederos y no la del comisario*». Y en defensa de su tesis aduce su experiencia como Notario en relación con la *voluntad real* de los testadores, que es la de hacer el nombramiento de comisarios *en interés de sus herederos, pero jamás en interés del comisario*. No obstante, dada la posición general de la Dirección, y para evitar que se defraude la voluntad real de los testadores por una interpretación de laboratorio, inventa y pone en circulación su cláusula de no estorbar, de sobra conocida (13).

(11) Cossío, *Instituciones de Derecho Civil*, 1957, tomo II, pág. 999.

(12) GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. y tomo cit.* en nota 7, pág. 291.

(13) Este es el texto de dicha cláusula, según su autor: «Los nombramientos que anteceden los ha hecho en interés de sus herederos, quienes podrán ejercitar unánimemente todas y cada una de las funciones y facultades expresadas. Y si notificaren formalmente a los nombrados su común acuerdo de actuar por sí, quedarán aquéllos en suspenso en el ejercicio de las funciones y facultades conferidas, y dejarán de correr los plazos de caducidad de las mismas, mientras la unanimidad de los herederos subsista» (*ob. cit.*, pág. 293). En la práctica actual aparece otra cláusula de no estorbar que expresa que los contadores nombrados sólo entrarán en el desempeño de su cargo en el caso de que los requiriese para ello algún interesado.

Aunque es indudable la validez de esta cláusula de no estorbar, y aunque la posición general de GONZÁLEZ PALOMINO podría ser aconsejable *de iure condendo*, lo cierto es que en el derecho constituido no conviene prescindir del comisario nombrado en el testamento, salvo en ese supuesto de la cláusula de no estorbar en que aparece clara la voluntad del testador acerca de la subsidiariedad de actuación del comisario.

La postura de GONZÁLEZ PALOMINO tiene estos inconvenientes:

1.º Que no es apropiado tratar de interpretar el testamento basándose en una voluntad general presuntamente (14) obtenida por la experiencia, pues es un elemento de interpretación extrínseco, que no tiene apoyo legal. Si la cláusula de nombramiento de comisarios es escueta, no cabe presumir que se hizo con el signo de la subsidiariedad, sino que, ante el silencio del testamento, habrá que recurrir a los textos legales sobre la materia. En cambio, resulta peligroso generalizar la voluntad real de los testadores, pues ello supone desconocer la complejidad de la mente de las personas, que no siempre pretenden lo que, con toda seguridad, imagina GONZÁLEZ PALOMINO. Por mi parte, conozco casos, sean o no excepcionales, en que el testador hizo el nombramiento de comisario bajo la idea, no expresada en el testamento, de que no podía ser excluido por los herederos. Y esto nos basta para no pretender una peligrosa generalización, obtenida por la discutible vía de las presunciones derivadas de la experiencia.

2.º Por otro lado, GONZÁLEZ PALOMINO no alude para nada al terminante artículo 1.058 del Código, del que resulta la subsidiariedad de actuación de los herederos en relación con el comisario.

3.º En fin, la invención y divulgación de la cláusula de no estorbar dará lugar, cuando exista, a la solución de GONZÁLEZ PALOMINO, pero cuando no aparezca en el testamento dará pie para pensar como más aceptable la solución contraria a la de dicho autor, pues si, como parece, está ya muy divulgada y conocida, el no recogerla el testamento supone, por vía de presunción, siguiendo ahora el mismo argumento de GONZÁLEZ PALOMINO, que no se ha querido expresar.

Otro autor que defiende abiertamente la postura de GONZÁLEZ PALOMINO, sin referirse a la cláusula de no estorbar, sino partiendo exclusivamente de la voluntad del testador y de la interpretación del Código, es LACRUZ. Dice este autor: «Siendo el comisario un arbitrador im-

(14) En otro lugar, GONZÁLEZ PALOMINO dice que «la voluntad del testador, expresa o tácita, es la ley suprema» (de la sucesión). A lo que contesta VALLET DE GORTISOLO, acertadamente: «si se diferencia el adjetivo *tácito* del otro calificativo *presunto*, puede aceptarse esta afirmación» (citados por PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. II, 1963, pág. 213).

puesto por el causante a los coherederos para evitar litigios y cuestiones en la división, y sobre todo la división judicial, parece claro que éstos, por acuerdo unánime, pueden eliminar su intervención. Incluso puede ocurrir que ellos deseen permanecer en la indivisión». Y después de decir que la jurisprudencia no acepta esa solución, encastillada en su asimilación entre los artículos 1.056 y 1.057, señala que «la tesis jurisprudencial olvida, a su entender, que el nombramiento de comisario es, en la mente del causante, un medio para alcanzar el fin de una partición equitativa y sin litigios. El testador no ha querido imponer a los herederos una determinada fórmula de reparto de bienes—por eso no ha hecho él la partición—, ni piensa tampoco que el comisario es un taumaturgo que hallará mejor que él mismo la fórmula feliz que dé a cada uno lo suyo... aun contra su voluntad. El testador sabe que cuanto haga el comisario lo pueden deshacer al día siguiente los coherederos con sólo pagar doble impuesto de transmisión de bienes, y no pretende que, a toda costa, se produzca esa doble serie de adjudicaciones, como castigo por haber rectificado la voluntad del comisario. El testador *lo único* que pretende es que el caudal relicto se reparta en paz, y con arreglo a las conveniencias de los interesados, y para eso, pero sólo para eso, adopta la medida que le permite el artículo 1.057 del Código civil» (15).

Nosotros aceptamos esta postura *de iure condendo*, como después veremos, pero *de iure conditio* insistimos en que no es convincente basarse en la presunta voluntad del testador para permitir la exclusión del comisario por los herederos. Como hemos dicho en relación con la postura de GONZÁLEZ PALOMINO, nos parece arriesgado imaginar como único pensamiento del testador ese que señala LACRUZ. Tampoco convence decir que no quiso imponer a los herederos una determinada fórmula de reparto de bienes al nombrar comisario y que «por eso no ha hecho él (el testador) la partición». Frente a esto puede pensarse que si no hizo el testador la distribución, pudo ser por evitar un reparto prematuro, teniendo en cuenta las oscilaciones de valor de los bienes o por otra causa. En cuanto al argumento de que el testador sabe que cuanto haga el comisario lo pueden deshacer al día siguiente los herederos con sólo pagar doble impuesto de transmisión de bienes, se olvida que ese nuevo acto jurídico puede exigir ciertos requisitos que lo dificulten (autorización judicial del artículo 164 para ventas o permutas). Además, no se trata propiamente de «deshacer», sino de hacer un nuevo acto jurídico, con todas sus consecuencias.

A continuación, LACRUZ se encara con el artículo 1.058 del Código civil, diciendo: «Ciertamente, interpretado de modo literal, parece excluir

(15) LACRUZ, *ob. cit.* en nota 3, págs. 240 y 241.

el contrato de división entre coherederos cuando hay nombrado comisario». Y considera que la alusión al comisario en el citado artículo es un residuo de cuando en el proyecto de 1851 podía partir la mayoría absoluta, cuyo poder quedaba evidentemente excluido por el contador, del mismo modo que la partición judicial, que también mencionaba el precepto.

Frente a esta idea del artículo 1.058 del Código civil hay que decir que no convence, porque lo cierto es que el artículo, sea un residuo o no, está ahí, y a él hay que atenerse mientras no se reforme, pues su letra es clara y terminante. Obsérvese que no se trata de una interpretación literal, sino de la única posible a la vista del texto de la ley: que existiendo contador, los herederos no pueden partir como tengan por conveniente, excluyendo al contador. La prueba es que LACRUZ no nos ofrece otra interpretación de dicho artículo en sustitución de la que llama interpretación literal, sino que en el fondo pretende borrar lo que dice tal artículo.

No obstante, LACRUZ sigue insistiendo en lo «absurdo de la interpretación literal del artículo 1.058», y cree que ello, unido a su génesis, bien puede llevar «a anteponer el acuerdo unánime de los herederos a la voluntad del comisario».

Por último alude a la opinión de GONZÁLEZ PALOMINO, diciendo que «la voluntad real de los testadores es la de hacer un nombramiento de comisario en interés de sus herederos» y que «jamás» la voluntad de aquéllos es nombrar comisario «en interés de él mismo». Creemos que continúa excediéndose LACRUZ en sus razonamientos, pues no imaginamos el supuesto de que el comisario actúe en su propio interés, sino teniendo en cuenta los deseos de su mandante, e incluso, en interés de los herederos, frente a la posibilidad de influencias de los unos sobre los otros.

Por tanto, toda la argumentación de estos autores cae por su base desde el momento en que se funda en cábalas y seguridades acerca de lo que es totalmente desconocido en el caso concreto, como es la verdadera voluntad de cada testador sobre la necesidad o no de intervención del comisario.

c) *Posición que permite a los herederos prescindir de la voluntad del testador.*—Los autores anteriores se basan en la voluntad presunta del testador para defender que puede prescindirse del contador. Ahora vamos a contemplar un posible fundamento antitético en defensa de ese mismo resultado, consistente no en la voluntad del testador, sino en la posibilidad de que los herederos, de común acuerdo, puedan prescindir de la voluntad del testador. Y es que si se estima que el contenido del testamento puede ser excluido por la voluntad unánime de los herederos, lógica consecuencia de ello será entender que pueden también prescindir del contador-partidor nombrado en el testamento.

Se cita (16) la sentencia de 28 de enero de 1964 (17) como reveladora de la libertad de los herederos respecto a seguir o no lo dispuesto en el testamento. Ciertamente, en esta sentencia se lee la referencia a la doctrina jurisprudencial de la Sala en el sentido de que «para reclamar bienes hereditarios no es suficiente atenerse a la rígida y absoluta voluntad del testador, pues si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo, prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto—lo que en el caso aconte—de personas que puedan válidamente atacarla».

Sin embargo, esta sentencia no es decisiva para apoyar, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, la tesis de que los herederos pueden libremente prescindir del contador-partidor nombrado en el testamento.

En este sentido, conviene hacer las siguientes puntualizaciones:

1.^a No siempre los herederos pueden desvirtuar el contenido del testamento. La voluntad del testador es la ley de la sucesión, siendo manifestaciones de este principio las cláusulas sobre condiciones, sustituciones, prohibiciones de disponer. LACRUZ, al comentar dicha sentencia, advierte que la actuación de los herederos «no podría contrariar la voluntad expresa del testador cuando expresa o implícitamente se deduzca del testamento que tal voluntad no debe ser contrariada» (18). Y en realidad la sentencia no se opone a estas ideas, pues esa actuación libre de los herederos es «en defecto de personas que puedan válidamente atacarla»; además, pone en primer término la voluntad del testador, aunque luego permita crear una situación jurídica nueva y distinta.

2.^a Aunque se dijera que los herederos pueden pactar lo que estimen pertinente, conforme al artículo 1.058 del Código civil, habría que matizar: no es que puedan olvidar o borrar lo establecido por el testador, sino que, partiendo de lo dispuesto por él, pueden realizar un nuevo acto jurídico para modificar lo establecido en el testamento. Volvemos a citar a LACRUZ, en su crítica a la sentencia: «La actuación de los herederos no hacía desaparecer una distinta ordenación del testador, sino que la modificaba *a posteriori*». Nosotros creemos que esto mismo puede desprenderse del texto conjunto de la propia sentencia, pues bien claramente dice que «los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos» y que «la partición de una herencia debe guardar todos los requisitos de fondo y forma, dirigidos a la determinación de los derechos de los interesados» y que esto «no es obstáculo para que al prac-

(16) LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 228.

(17) Puede verse esta sentencia en *Aranzadi*, año 1964, núm. 392, pág. 224.

(18) LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 228.

ticarlas puedan los herederos celebrar cuantos pactos tengan por conveniente, los cuales serán válidos en derecho y de obligatorio cumplimiento, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.058 del Código civil», y la única forma de no ver contradicción entre todas estas declaraciones es interpretando que hay que sujetarse a lo dispuesto en el testamento, sin perjuicio de crear una nueva situación jurídica posterior por convenio distinto del título de herencia.

3.^a Por otro lado, la sentencia se refiere a la cuestión de la «reclamación de bienes hereditarios», problema netamente contencioso en el que no interesa remontarse al título hereditario, sino al último título creado en virtud de convenio entre herederos mayores. En cambio, en el ámbito registral de la jurisdicción voluntaria interesa mucho más recalcar ese matiz de sujeción al testamento, aunque se modifique *a posteriori*. Así, el artículo 14 de la Ley Hipotecaria considera como título de la sucesión el testamento, no el convenio particional, sin perjuicio de admitir éste como especificador del título hereditario; el principio de tracto sucesivo exige tener en cuenta los distintos actos jurídicos sucesivos en el tiempo, en nuestro caso, el testamento y el convenio posterior que lo modifica partiendo de la previa existencia del título hereditario; la naturaleza meramente especificativa y no traslativa de la partición, que exige atenderse en primer lugar al testamento para especificar el título hereditario, sin perjuicio de modificarlo a continuación, en virtud de un nuevo título o convenio *inter vivos* de consecuencias distintas. Todo esto quiere decir que no es admisible prescindir totalmente del testamento, sin aceptar *a priori* la situación resultante del mismo.

4.^a En fin, la citada sentencia de 28 de enero de 1964 no se refiere al supuesto de contador, sino que lo que dice lo dice después de recalcar que en el caso «había transcurrido el plazo y su prórroga concedidos por el testador a los contadores partidores para hacer la partición». Luego no es una sentencia que sea decisiva a estos efectos, cualquiera que sea la interpretación de la misma.

Por todo lo cual, creemos que los herederos no pueden prescindir de la actuación del contador, sin perjuicio de que después convengan lo que estimen conveniente. El propio ALBALADEJO, cuya postura algo dubitativa vamos ahora a examinar, confirma esta apreciación cuando dice que «realmente lo que sería más riguroso es estimar que lo que éste (el albacea) haya establecido (lo mismo que lo que el testador dispuso) es lo que rige en la ejecución del testamento (y así, por ejemplo, los bienes divididos por el contador partidor pasan a propiedad de sus adjudicatarios), y que después, si los interesados lo desean, son muy libres de operar entre ellos

todos los acuerdos que quieran y que modifiquen la situación creada por la ejecución llevada a cabo por el albacea».

d) *La postura matizada y dubitativa de ALBALADEJO.*—Cuando en el año 1964 ALBALADEJO escribió sus notas al *Derecho de Sucesiones* (19) de ANTONIO CICU, su opinión era que los herederos no podían prescindir del contador, pues así se desprende, al parecer, del siguiente texto: «Entrando en el examen del tema de la obligatoriedad para los herederos de la evaluación y partición que haga el tercero, hay que afirmar que, como en el Derecho italiano, en el nuestro, en principio, aquéllas son vinculantes para dichos herederos, como se desprende del propio papel de partidor, que es hacer las veces del causante en la partición y evitar desacuerdos entre los interesados, del espíritu y fin de los artículos 1.056, 1.057 y 1.058, en especial de la letra de éste también, y de la abundante jurisprudencia que reconoce al partidor en su misión tanto poder como el propio testador, no poniéndole más límite que el respeto a las legítimas».

Sin embargo, en el año 1969 (20), cuando estudia más a fondo y de modo directo el problema, parece partir de otro principio. Después de exponer los argumentos en pro y en contra de una y otra solución, dice: «Pienso que—por lo menos siempre que se les tolere prescindir de lo que dispone el testamento—debe autorizarse a todos los interesados a que de común acuerdo puedan resolver como prefieran lo que sólo a ellos afecta, prevaleciendo esto sobre la ejecución que proponga el albacea». Y cita las sentencias de 1 de mayo de 1930, 2 de marzo de 1935, 7 de noviembre de 1935, 30 de diciembre de 1944, 3 de diciembre de 1955, 28 de enero de 1964, 4 de marzo de 1966 y 3 de junio de 1967, en pro de la tesis de que los herederos pueden prescindir del testamento. Sin embargo, ya hemos visto la explicación que hay que dar a esta jurisprudencia, explicación que el propio ALBALADEJO comparte como criterio más «*riguroso*» y técnico. También cita este autor las resoluciones de la Dirección General que permiten a los herederos subsanar la preterición padecida en el testamento. Pero luego veremos que estas resoluciones no permiten prescindir del contador, y además se trata de la subsanación de un defecto del testamento, en cuyo supuesto es lógico que se pueda prescindir de su contenido.

En definitiva, creemos que tenía razón ALBALADEJO cuando escribía en el año 1964, con aquella opinión más conforme al Derecho positivo vigente. Su nueva tesis del año 1969 no es muy convincente. En todo caso, queremos recalcar que esa última opinión suya no es terminante, sino muy matizada, pues a pesar de que simpatiza con la tesis de que los

(19) Notas al *Derecho de Sucesiones* de ANTONIO CICU, pág. 860.

(20) ALBALADEJO, *El albaceazgo en el Derecho español*, págs. 29 a 33.

herederos pueden prescindir del contador, hace dos puntualizaciones que consideramos muy importantes y que atenúan los resultados de dicha tesis, a saber:

1.^a Que si hay algún interés del causante contrario al de los herederos, no cabe la suprimibilidad de los albaceas por los interesados, ni tampoco cuando haya riesgo de burlar la voluntad del testador.

2.^a Que, aunque para simplificar y evitar duplicidad de transmisiones (sobre todo a efectos fiscales), se configure el caso como de hacerse lo que los interesados acuerden en vez de lo que el albacea pretendiese, ya hemos dicho que lo que ALBALADEJO considera más riguroso es estimar que es eficaz lo hecho por el contador, aunque luego los herederos modifiquen la situación en virtud de un nuevo convenio. Pues bien, añadimos nosotros, si esto es lo «riguroso», habrá que contar, por lo menos en el campo registral de la jurisdicción voluntaria, con el título de adquisición hereditaria otorgado por el contador, aunque luego se aporte un nuevo título que modifique la situación, título que puede envolver una donación, una venta, una permuta, etc., según los casos.

e) *Nuestra postura.*—*De iure condendo* nosotros participamos en buena medida de las opiniones de GONZÁLEZ PALOMINO, LACRUZ y ALBALADEJO, y creemos que el artículo 1.058 debe ser superado en este punto, al estilo del artículo 274 de la Compilación de Cataluña, que dice en su párrafo segundo: «Los herederos podrán practicar la partición de común acuerdo, prescindiendo de los contadores partidores nombrados por el causante, salvo expresa disposición contraria de éste». Pero no sólo debería exceptuarse de esa libre actuación la voluntad contraria expresa del testador, sino también la concurrencia de menores, sin que el testador haya previsto la exclusión del contador de modo expreso.

Ahora bien, mientras no se reforme la legalidad vigente en Derecho común nos parece aventurado, sobre todo a efectos notariales y registrales, prescindir del órgano legitimado para practicar las operaciones particionales, salvo en el caso en que esté clara la voluntad del testador, como ocurre con la cláusula de no estorbar. Fuera de esta hipótesis, no creemos pueda prescindirse del contador, por lo siguiente:

1.º Hay casos en que es seguro que hay que contar con el comisario. Así, cuando el testador le haya encomendado ciertas atribuciones por encima del interés de los herederos, cuando haya prohibido de forma terminante que se prescinda de él y cuando existan menores.

2.º En todo caso, aunque se trate de herederos mayores y no estemos en esos supuestos, tampoco parece prudente prescindir de su intervención en la escritura de partición o de protocolización, pues no cabe otra

interpretación de los textos vigentes. El artículo 1.058 del Código civil sólo permite la partición convenida libremente por los herederos «cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad». Por si no fuera suficiente, el artículo 213 del Reglamento Hipotecario supone una actualización en el año 1947 de esa idea del legislador de 1889, al decir, ante un caso concreto, que «los herederos podrán cancelar, durante la proindivisión, las inscripciones o anotaciones extendidas a favor de su causante, siempre que acrediten, con arreglo al artículo 79, el fallecimiento de aquél y su cualidad de tales herederos, *a no ser que conste la existencia de Comisarios, Contadores o Albaceas* a quienes corresponda dicha facultad». En sentido parecido, a propósito de la entrega de legados, para la que se faculta al contador, el artículo 83 del Reglamento sólo alude al heredero o herederos como personas legitimadas para efectuar la entrega, *en defecto* del contador y del albacea.

Aparte de estos argumentos de Derecho positivo, sigue todavía en pie la idea de que el comisario es una especie de mandatario del testador (21), y de que la voluntad de éste es la ley de la sucesión, a efectos de la adquisición de los bienes *a título de herencia*, por lo que si en el testamento nombró contadores, lo lógico será atenerse a ese nombramiento. Si apareciera clara la voluntad del testador permitiendo la exclusión del contador (cláusula de no estorbar), entonces no cabe duda, siguiendo ese mismo argumento de la voluntad del testador, de que los herederos podrían prescindir del comisario. Pero si el testamento sólo expresa el nombramiento de contador, es imposible deducir la voluntad del testador en cada caso concreto, por lo que hay que integrar tal voluntad con los citados preceptos legales.

Si se admite esta postura sobre la necesidad de contar con el comisario, entonces la figura de la partición conjunta que estamos estudiando no quedará disminuida en su frecuencia, sino potenciada, pues, ¿cómo solucionar esos supuestos de exceso de actuación del comisario si no es a través de la partición conjunta de contador y herederos? De lo dicho se desprende que esa figura es el único cauce para resolver esos casos.

Pero vamos a suponer que no convence esa postura y que prospera la tesis de que los herederos pueden prescindir, de común acuerdo, de la actuación del contador. Aun así, la partición conjunta es una figura que puede darse en la práctica, pues hemos señalado otros supuestos de partición conjunta, además del de exceso de actuación del comisario, que no se verían afectados por dicha teoría, aunque es cierto que disminuiría la

(21) Véase la lista de sentencias que señala ALBALADEJO en la obra citada en la nota anterior, págs. 35 a 38.

frecuencia de esa figura en la misma medida que podría disminuir la partición exclusiva de contador, en provecho de la partición exclusivamente realizada por los herederos.

III. VIABILIDAD LEGAL DE LA PARTICION CONJUNTA: DIFICULTADES Y SUPERACION DE LAS MISMAS

Como esta actuación compartida del contador y los herederos en la partición no está prevista en el Código, sino que en él se regulan con separación la partición de contador y la de herederos, cabría discutir hasta qué punto puede considerarse válida tal partición conjunta.

Sin embargo, creemos que tal fórmula particional es viable legalmente. Examinaremos primero las dificultades u obstáculos para su admisión y después la superación de dichas dificultades.

a) *Dificultades para su admisión.*—La resolución de 15 de julio de 1943 (22), en un caso del Registro de Santa Fe, parece oponerse en su «Considerando» cuarto a la validez de la partición conjunta. Así interpreta dicha resolución GÓMEZ MORÁN, que entiende que «si bien se autoriza a los herederos para aprobar las particiones hechas por contador, se les prohíbe, en cambio, intervenir en ellas» y «que las particiones en que intervienen los herederos, cuando hay contador, no son inscribibles en el Registro de la Propiedad», criticando esta postura de la Dirección que contradice el espíritu y aun el texto de algunas sentencias del Tribunal Supremo (23).

En cambio, RUIZ ARTACHO (24) no considera que sea ése el sentido de la resolución, diciendo que la censura lanzada contra la misma es, a su juicio, injustificada, pues lo que dedujo el Centro directivo fue que no se trataba de partición por comisario, sino contractual, por lo que tenían que haber intervenido todos los herederos, y no sólo dos de los cinco que existían.

En mi opinión, la resolución contiene varias declaraciones, de diferentes matices, pero nos parece evidente que, en todo caso, se pronuncia en contra de la partición conjunta, tal como había visto GÓMEZ MORÁN, y en este aspecto es criticable.

Para comprobar que el «Considerando» cuarto de la resolución se

(22) Esta y las demás resoluciones que se citan en el trabajo las hemos leído en la *Jurisprudencia registral* de ROCA-MOLINA, salvo la de Ultramar de 22 de octubre de 1897 y la de 14 de abril de 1969, que luego se reseñarán.

(23) GÓMEZ MORÁN, *Tratado teórico-práctico de particiones*, 1950, págs. 286 a 288, citado por RUIZ ARTACHO en trabajo citado en la nota 1, pág. 252.

(24) RUIZ ARTACHO, *trab. cit.*, pág. 252.

opone a la partición conjunta, veamos el caso planteado y el texto del «Considerando».

Se trata de una escritura denominada de protocolización de operaciones particionales, renuncia de gananciales y declaración de obra nueva. En el cuaderno privado particional habían intervenido los dos contadores solidarios y, además, el viudo, renunciando previamente a su legítima y participación en los gananciales, citando los contadores a los coherederos para el inventario. En las bases del cuaderno se hacían declaraciones sobre deudas y se aludía al convenio de los herederos sobre adjudicación de bienes para pago de deudas; también se hacían declaraciones sobre no existencia de donaciones colacionables y se añadía que una heredero había entregado dinero a las otras para nivelar los haberes, todo lo cual revelaba la intervención conjunta de los herederos con los contadores en las operaciones particionales. En la escritura de protocolización sólo intervinieron los contadores y dos de los herederos, no los cinco que existían.

Presentada la escritura en el Registro de Santa Fe, el Registrador no admitió la inscripción, poniendo una nota con dos defectos, de los que ahora sólo nos interesa el primero, en los siguientes términos: «No admitida la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes: 1.º No haberse practicado la partición por los comisarios designados por el causante, sino por ellos y los herederos, según resulta del mismo cuaderno particional, no otorgando, por otra parte, la escritura de aprobación todos los herederos». Aunque la redacción de este primer defecto es algo confusa, parece que dentro de ese primer defecto el Registrador señala dos, a saber: en primer lugar, haberse practicado la partición en forma conjunta; y en segundo lugar, y *por otra parte*, no haber intervenido todos los herederos. Nosotros estamos conformes con esta segunda parte, pero no con la primera. Y creemos que tal redacción mediatizó la doctrina de la resolución.

El Presidente de la Audiencia da la razón al Registrador y hace las siguientes declaraciones, entre otras que ahora no nos interesan, bien expresivas de que también considera defecto el hecho de formalizarse la partición en forma conjunta: «*debió ser realizada sólo* por los comisarios», añadiendo que «*todavía justifica más* la invalidez de la partición practicada la circunstancia de no haber concurrido todos los herederos al otorgamiento». De aquí se desprende que el Presidente de la Audiencia, en línea con la nota, considera defectuosa la partición conjunta no sólo por no haber concurrido todos los interesados, sino, aparte de ello, por no haber sido realizada sólo por los comisarios.

La Dirección, siendo Director general JOSÉ MARÍA PORCIOLES, con-

firma el auto apelado, por adolecer la escritura del primer defecto señalado por el Registrador, y entre otras muchas declaraciones, de las que tendremos ocasión de ocuparnos en este trabajo, dice lo siguiente respecto a la partición conjunta en el «Considerando» cuarto:

«Considerando que si bien con una interpretación benévola podría reputarse que la entrega del cuaderno a los herederos para que presten su beneplácito, no desvirtúa la naturaleza unilateral y privilegiada del acto cuando los momentos jurídicos aparezcan bien diferenciados y tengan por directa finalidad aceptar la herencia y cumplir del mejor modo la voluntad del testador, es lo cierto que la lectura de las bases del cuaderno pone de relieve que los acuerdos adoptados no se limitan a la formación del inventario, porque la cuarta y la sexta formulan declaraciones sobre colación y adjudicación de bienes, operaciones propiamente de liquidación y partición, y con ello aparece infringido el artículo 1.057 del Código civil, cercenado el poder dispositivo de los comisarios, y, en definitiva, alterada la naturaleza jurídica de la partición, cuya eficacia, impugnación, modificación o rescisión quedan pendientes de preceptos contradictorios.»

Estas frases terminantes, unidas a la confirmación del primer defecto apuntado por el Registrador y del auto presidencial, nos llevan a pensar, en contra de RUIZ ARTACHO, que esta resolución se opone a la partición conjunta.

Ahora bien, no estamos de acuerdo con esta oposición y rebatimos los tres argumentos que la resolución señala frente a la partición conjunta:

1.º Según dicho Considerando, la partición conjunta da lugar a una infracción del artículo 1.057 del Código civil. Pero basta leer el citado precepto para comprobar que no se refiere para nada a la intervención conjunta del contador y herederos en las operaciones particionales, sino sólo a la partición de contador, por lo que mal puede considerarse infringido un artículo que no contempla el supuesto. No hay, por tanto, infracción, sino *no aplicación* del artículo 1.057. Y el hecho de que no sea aplicable el repetido artículo no es ningún obstáculo para la admisión de la partición conjunta, pues puede regirse por otro precepto.

2.º En el mismo Considerando se dice que la partición conjunta supone un cercenamiento del poder dispositivo de los comisarios. Efectivamente, se cercena el poder atribuido a los comisarios, que más que dispositivo es distributivo o particional. Pero ese cercenamiento no implica rechazar la partición conjunta. Nuevamente diremos que será razón suficiente para no aplicar el artículo 1.057 del Código civil, pero no para declarar la nulidad de la partición conjunta. Téngase en cuenta que el

cercenamiento de poderes es consentido por los propios contadores, y si pueden lo más, que es no aceptar el cargo, excusarse, podrán lo menos, que es aceptarlo con dicha intervención conjunta de los herederos. Tampoco se infringe el artículo 1.058 del Código civil, pues no se trata de que los herederos prescindan totalmente del comisario, sino de la cuestión distinta consistente en que aquéllos comparten sus funciones con éste, actuación ésta no prohibida por el mencionado artículo 1.058 del Código civil.

3.º La Dirección señala un tercer argumento, y es que, con la partición conjunta, «se altera la naturaleza jurídica de la partición del comisario», lo cual es evidente; pero añade que su «eficacia, impugnación, modificación o rescisión quedan pendientes de preceptos contradictorios». Si esto último fuera así no habría más remedio que descartar la partición conjunta, pues sería tanto como un «monstruo jurídico» contradictorio en esencia. Pero no vemos por qué razón hay que llegar a esa conclusión sobre la aplicación de preceptos contradictorios a la partición conjunta. La resolución parece seguir una teoría mixta o acumulativa respecto a la naturaleza jurídica de la partición conjunta, y luego veremos que dicha teoría es improcedente, con lo cual desaparece este argumento en contra de dicha modalidad de partición.

En definitiva, no nos convence esta resolución en relación con la inviabilidad legal que predica de la partición conjunta, aunque estamos de acuerdo con ella en otros aspectos sobre calificación de la partición como conjunta en el caso concreto y sobre la existencia del defecto que también señala, acertadamente, de no haber intervenido todos los herederos; pero lo destaca no como defecto fundamental, sino como algo que queda en el fondo de la escena, diciendo que «siempre queda en pie la afirmación de que algunos herederos, y no todos, han tomado acuerdos que el comisario convalida, más como parte contratante que como autoridad dirimente».

Aparte de esta resolución, no hay ninguna otra que se oponga tan rotundamente a la partición conjunta. Ciertamente, la resolución de 14 de abril de 1969 (25), *en un caso del Registro de Cabra*, parece no mostrar demasiadas simpatías por la partición conjunta, pues dice que el contador puede determinar los bienes reservables, al hacer la partición del reservista, «sin necesidad de que hayan de comparecer los reservatarios como herederos del difunto, ya que en este caso la partición no tendría carácter unilateral al intervenir otras personas, además de las que el testador designó para el cumplimiento y ejecución de su última voluntad».

(25) Véase esta resolución en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 476, pág. 121.

No entramos a discutir si, efectivamente, puede el contador fijar los bienes reservables por sí solo, pues no es éste el tema de nuestro estudio, pero lo que no compartimos es que se diga, aunque sea como argumento subsidiario, que la partición con comisario nombrado por el testador excluye la intervención de otras personas, pues no se trata de un argumento, sino de una conclusión sin otra base que la proporcionada por la resolución del Registro de Santa Fe, que hemos tratado de rebatir.

Respecto a la resolución de 22 de octubre de 1897 (26), en un caso de Ultramar planteado en el antiguo Registro de Cuba, hay que distinguir lo que ella dice y lo que algunos autores dicen que ella dice. Según GARCÍA-MONGE, la citada resolución «llega al rigor de afirmar que la partición efectuada por los herederos, *aun con aquiescencia del albacea*, es nula, como hecha por personas que no tienen facultades para ello» (27). Y LACRUZ, coincidente con GARCÍA-MONGE, cita la resolución diciendo: «Con extraordinaria severidad afirma que la partición practicada por los herederos habiendo nombrado comisario, *aunque se haga con la aquiescencia de éste*, es nula, como hecha por personas que no tienen facultades para ello» (28). Hemos subrayado la frase referente a la aquiescencia del albacea porque en la resolución no hay ni rastro de esa afirmación, y porque es la frase que podría implicar un rechazo de la partición conjunta, o por lo menos de una de las modalidades de tal tipo de partición. Pero nuestra sorpresa ha sido grande cuando, leída con detenimiento, tanto la resolución como el caso planteado, observamos que no había en el supuesto de hecho aquiescencia del albacea, ni la Dirección dijo nada de tal aquiescencia, ni siquiera a modo de *obiter dictum*. Por eso, insistimos en nuestra distinción: según lo que ambos autores hacen decir a esa resolución de Ultramar, se excluiría una modalidad de partición conjunta (la de los herederos con aquiescencia de contador); pero, según lo que resulta de la propia resolución, no queda excluida la partición conjunta, sino únicamente la partición realizada por los herederos prescindiendo del contador, que no prestó aquiescencia alguna, siendo ese problema distinto del de la viabilidad de la partición conjunta, según hemos visto en el epígrafe anterior.

b) *Admisión de la partición conjunta, por superación de aquellas dificultades*.—Contamos con varios argumentos para admitir decididamente la figura de la partición conjunta:

1.º El Código no la contempla ni en el artículo 1.057 ni en el 1.058. Luego no se puede decir que esté prohibida. La conjunción de actuacio-

(26) Véase nota 8.

(27) GARCÍA-MONGE, trab. cit. en nota 10, pág. 141.

(28) LACRUZ, *ob. cit.* en nota 3, pág. 240, nota 9 al pie de la página.

nes de comisario y herederos podrá excluir la aplicación del excepcional artículo 1.057, pero no lo infringe. Tampoco infringe el 1.058, que sólo prohíbe a los herederos que convengan libremente las adjudicaciones existiendo comisario, pero no impide que celebren los convenios que estimen pertinentes si lo consiente el mismo.

2.º El principio de conservación de la partición, deducido de los textos legales por la doctrina y la jurisprudencia (29), propende a admitir la validez de ese tipo de partición no prohibida expresamente por el Código.

3.º No deja de ser paradójico que estando de acuerdo todos los interesados, contador y herederos, y sin posibilidad, por tanto, de que nadie impugne la partición por razón de esa actuación conjunta, pudiera pensarse que es nula dicha partición. Si se entendiera así se llegaría a un callejón sin salida: partición nula sin posible interés de nadie para declarar tal nulidad.

4.º Frente a aquella resolución de 14 de julio de 1943 (caso del Registro de Santa Fe), y frente a aquel matiz argumental de la resolución de 14 de abril de 1969 (caso del Registro de Cabra), existen numerosas e importantes decisiones jurisprudenciales que confirman la admisibilidad y validez de la partición conjunta, demostrando que no hay que ver nulidad en esta forma de partición, sino cuestión de naturaleza jurídica de la misma y si se cumplen los requisitos de ella.

Así hemos encontrado las siguientes resoluciones:

— *Resolución de 9 de septiembre de 1895* (caso del Registro de Nava del Rey): en el cuaderno privado de partición de dos herencias, la del padre y la de su primera esposa, practicaron el inventario, avalúo, división y adjudicación de los caudales relictos de ambas herencias el contador nombrado por el padre, los dos hijos del primer matrimonio, la viuda del segundo matrimonio y un hermano del padre en representación de los dos hijos menores de dicho segundo matrimonio, sin acreditar su representación. En la escritura de aprobación y protocolización del cuaderno sólo intervinieron el contador, la viuda y los dos hijos del primer matrimonio, pero no ese supuesto representante de los menores. Estamos, pues, ante una partición de la herencia del padre con intervención

(29) En relación con esto dice LACRUZ: «Se observa en el Código civil una tendencia a conservar en lo posible la partición ya hecha; e igualmente los tribunales, alegando los inconvenientes de la indivisión, de la provisionalidad y razones de economía y sosiego familiar, procuran, mediante una interpretación restrictiva de las reglas sobre invalidez, mantener las particiones ya realizadas en cuanto sea posible, y sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes». Y cita las sentencias de 2 de julio de 1904, 5 de mayo de 1920 y 25 de febrero de 1969 (*ob. cit.*, pág. 258).

conjunta en el cuaderno privado, de contador y representante de los hijos del mismo y demás herederos. El Registrador suspende la inscripción de la escritura por dos defectos: 1.º No aparecer debidamente representados los herederos menores de edad. 2.º Por faltar la aprobación judicial de la partición. La Dirección, siendo Director general don CONRADO SOLSONA, confirma la nota y reconoce que «consta en las operaciones particionales, de cuya inscripción se trata, que el inventario, avalúo y división del caudal se han llevado a cabo, prescindiendo de los que intervinieron para liquidar la primera sociedad conyugal, por la viuda y por el contador, en representación de los menores» y señala que no es partición del 1.057, sino partición ordinaria, sin considerarla nula, a pesar de esa intervención conjunta, sino todo lo contrario, la considera regida por las reglas generales de la división de herencia.

— *Resolución de 12 de noviembre de 1895* (caso del Registro de Avila): en el cuaderno privado de las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación de los bienes relictos del testador intervinieron la viuda del mismo, como albacea-contadora, los dos hijos mayores y un defensor judicial de los menores, en el que la citada viuda renunciaba al usufructo que le correspondía y recibía una cantidad de dinero por sus aportaciones al matrimonio y su mitad de gananciales. Esas mismas personas otorgaron la correspondiente escritura de aprobación y ratificación de las operaciones particionales. El Registrador deniega la inscripción porque, estando interesado en la partición de los bienes un menor sujeto a la patria potestad, no representado por el padre ni por la madre, había dejado de obtenerse la aprobación judicial a que se refiere el artículo 1.060 del Código civil. La Dirección, siendo Director general don CONRADO SOLSONA, aparte de unas consideraciones críticas sobre la imposibilidad de que sea contador el heredero, *aunque renuncie*, dice, a los efectos que ahora nos interesan, que la partición fue practicada no sólo por el contador, sino por él (la viuda) y los herederos, y no considera nula la partición por tal intervención conjunta, sino que alude sólo a la necesidad de seguir el trámite de la aprobación judicial, lo que, en definitiva, implica que, por lo demás, la partición era válida.

— *Resolución de 10 de enero de 1903* (caso del Registro de Rute): en escritura otorgada exclusivamente por el contador, éste adjudicó los bienes en proindiviso a los herederos, salvo a uno, que quedó excluido de las adjudicaciones, imponiendo a los otros la obligación de entregarle en metálico su porción respectiva. El Registrador suspendió la inscripción porque no constaba la ratificación de los herederos ante una actuación que excedía de las facultades del comisario. La Dirección, siendo Director general don JUAN DE LA CIERVA Y PEÑAFIEL, declara lo siguiente:

te en el segundo «Considerando», único que, a nuestro objeto, interesa: «Al adjudicar a unos herederos todos los bienes que constituyen la herencia, imponiéndoles la obligación de satisfacer en metálico la parte proporcional correspondiente a su coheredero, no es acto de partición, sino de enajenación, y, por tanto, no debe surtir efecto sin el consentimiento de dichos herederos». De este modo, la resolución señala como única vía para solucionar el problema de exceso de facultades del comisario la partición conjunta bajo la modalidad de actuación inicial del comisario con aportación de la escritura posterior de consentimiento de los herederos, que, como veremos, es una de las formas de partición conjunta.

— *Resolución de 25 de mayo de 1906* (caso del Registro de Villacarrillo): se otorgó la escritura de partición por los tres albaceas-contadores, la viuda, los herederos mayores, el padre de tres menores y el defensor judicial de otros dos herederos menores. El Registrador denegó la inscripción por hallar el defecto de faltar la aprobación judicial. La Dirección, siendo Director general don JAVIER GÓMEZ DE LA SERNA, confirma la nota del Registrador y reconoce que «la partición de los bienes no ha sido hecha *solamente* por los albaceas partidores nombrados por el testador, sino *también* por la viuda, por los herederos mayores de edad, por el padre de otros tres herederos menores y por el defensor de..., igualmente menores de edad y herederos del nombrado causante». A pesar de lo cual, la resolución sólo considera defectuosa la partición por faltar la aprobación judicial, no por ser conjunta.

— *Resolución de 9 de enero de 1918* (caso del Registro de Badajoz): se trata de una escritura de aprobación y protocolización y elevación a pública de una partición privada, en la que, junto con los dos albaceas-partidores, intervinieron la viuda y el heredero hermano del causante, haciéndose una adjudicación a la viuda en usufructo y al hermano en nuda propiedad «con derecho a consolidar la plena propiedad a la defunción de la viuda» y «aunque falleciera antes que ella, pudiendo transmitir su derecho a sus sucesores». Con esta adjudicación se interpretaba en un determinado sentido una discutible cláusula testamentaria sobre institución de usufructo sin nuda propiedad. El Registrador deniega la inscripción, porque la adjudicación realizada no se ajustaba al testamento, del que se desprendía que el hermano sólo será heredero, no de la nuda, sino de la plena propiedad, si viviere al fallecimiento de la esposa del testador, pasando en otro caso los bienes a las personas designadas por el mismo. El problema de la partición conjunta se plantea en el recurso no por el camino de la validez o nulidad de la actuación conjunta, sino a través de la cuestión de si el contador tiene o no facultades privilegiadas de interpretación del testamento, inmunes a la califi-

cación registral, cuando intervienen también los herederos en la partición. La Dirección, siendo Director general don SALVADOR RAVENTÓS, confirma la nota y no considera defectuosa la partición realizada, por el hecho de ser conjunta de contador y herederos, sino que lo único que dice es que esa actuación conjunta «impide conceder a las declaraciones y supuestos particionales la decisiva influencia sobre la que el Presidente de la Audiencia apoya su resolución», lo que significa una distinta regulación a la partición conjunta, pero, de ningún modo, la nulidad de la misma.

— *Resolución de 27 de febrero de 1922* (caso del Registro de Berja): escritura de partición de herencia otorgada por el contador en unión de algunos herederos. El Registrador no admite la inscripción porque, practicadas las operaciones divisorias por el contador-partidor y algunos de los interesados en ellas, resulta un contrato de partición que se rige por el artículo 1.058 del Código civil y que requiere para su eficacia la intervención y consentimiento de todos los partícipes en la herencia...» Vemos que no se plantea la cuestión como en la nota de la resolución del caso de Santa Fe, sino que el defecto no consiste aquí en la intervención conjunta de contador y herederos, sino en la no intervención de todos los herederos junto con el contador. La Dirección, siendo Director general don BENITO M. ANDRADE, confirma la nota, en una resolución que es fundamental para caracterizar la figura de la partición conjunta, admitiéndola siempre que intervengan todos los herederos junto con el comisario, basándose en la aplicación del artículo 1.058 y de los principios generales del régimen contractual.

— *Resolución de 6 de abril de 1962* (caso del Registro de Lucena): se trata de una escritura de partición otorgada por el contador y todos los herederos, debidamente representados por la madre los menores, adjudicándose el único inmueble a uno de los herederos mayores conforme al artículo 1.062, con obligación de abonar a los demás coherederos el exceso en metálico. El Registrador suspende la inscripción por no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.057, aparte de otro defecto. La Dirección, siendo Director general don JOSÉ ALONSO, confirma el auto apelado en contra de la calificación del Registrador, destacando su «Considerando» 3.º, según el cual, «cuando en tales particiones intervengan además (del contador) los herederos, las manifestaciones y acuerdos que éstos adopten introducen, como declaró la Resolución de este Centro de 16 de julio de 1943, la conclusión en el cuaderno particional y dan lugar a una mezcla de operaciones divisorias de tipo contractual con las declaraciones distributivas del representante del testador, que si en algunos casos no pueden desvirtuar la naturaleza privilegiada y unilateral del acto, en la mayoría operan una auténtica trans-

formación, convirtiéndolo en un verdadero contrato particional». Como vemos, cita la resolución del caso del Registro de Santa Fe, pero a nuestro modo de ver llega a un resultado totalmente distinto, pues aquí se parte de la validez de la partición conjunta, que se califica como partición contractual, a diferencia de la citada resolución, según hemos visto antes.

IV. CLASES DE PARTICION CONJUNTA

Para conocer mejor la figura de la partición conjunta, estudiaremos sus distintas clases atendiendo a varios criterios:

1. CLASIFICACIÓN POR LA FORMA DE EXPRESIÓN

Atendiendo a este criterio, podemos distinguir:

a) *Partición conjunta aparente*. Cuando de las propias estipulaciones o cláusulas del documento se desprende que el contador y los herederos realizan conjuntamente las operaciones particionales. Así, si se dice que han practicado las operaciones el contador y los herederos, o que las practica el contador en unión de los mismos o que se formaliza una partición conjunta. No será frecuente esta claridad de términos, sobre todo en las escrituras públicas, unas veces por querer huir de los requisitos que exige la partición conjunta, pero otras, como dijimos, por la creencia infundada de que tal partición no es viable legalmente, cosa que hemos tratado de rebatir anteriormente.

b) *Partición conjunta encubierta*. Cuando no se dice en las cláusulas o estipulaciones del documento que la partición la han realizado conjuntamente el contador y los herederos, pero del contexto general del mismo, a través de una interpretación sistemática, se desprende que tal partición en realidad se ha formalizado conjuntamente por ambos. Ejemplos: en el cuaderno particional privado consta que han practicado las operaciones el contador y los herederos o el contador en unión de éstos, y, en cambio, en la escritura de protocolización se dice que la partición la ha practicado el contador y que los herederos intervienen simplemente para dar su beneplácito posterior a la misma. Otro caso: en las estipulaciones o cláusulas de la escritura de partición se dice que ésta la ha practicado exclusivamente el contador, si bien con la aprobación o beneplácito posterior de los herederos, y, sin embargo, en los antecedentes o exposición se advierte que todas o algunas de las operaciones han sido realizadas por contador y herederos conjuntamente, bien porque así se

dice (a pesar de los términos de las cláusulas finales) o bien porque el contador se ha excedido de sus facultades y hay que interpretar que esa llamada aprobación de la partición significa en tal caso una verdadera ratificación o realización de la misma.

Hay que advertir que cuando hablamos de partición conjunta encubierta sólo nos referimos al encubrimiento que puede desvelarse a través del mismo documento. Y es que estamos estudiando el problema en Derecho Hipotecario, en que sólo caben las pruebas intrínsecas derivadas del propio documento inscribible. Por eso no interesan, a efectos registrales, aquellas particiones otorgadas exclusivamente por contador, que en realidad encubren una verdadera partición conjunta realizada con anterioridad a la firma del documento, pues no hay medios hábiles para detectar tal actuación conjunta. Un ejemplo de este otro tipo de encubrimiento podría ser el supuesto de hecho de la sentencia de 19 de febrero de 1962 (30), en que el contador recogió, al formalizar la partición, los convenios y adjudicaciones de los herederos suscritos en documento privado por éstos. Pero ya decimos que esta otra forma de partición conjunta encubierta, obtenida por pruebas extrínsecas al documento inscribible, no interesa a efectos hipotecarios.

La distinción entre partición conjunta aparente y encubierta tiene interés para poner de relieve: 1.º Que la partición conjunta es perfectamente regular, por lo que no debe haber temor conceptual en hacerla aparente. 2.º Que la llamada partición conjunta encubierta no deja de ser partición conjunta, aunque trate de desfigurarse lo que resulta ya del cuaderno privado que se va a protocolizar, empleando la palabra «aprobación de la partición de contador por los herederos». 3.º Que la partición conjunta aparente facilita la calificación registral; en cambio, la partición conjunta encubierta se da bajo el tono de la ocultación, lo que exige por parte del Registrador un detallado análisis de todos los términos del documento.

2. CLASIFICACIÓN POR EL MOMENTO DE CONJUNCIÓN DE ACTUACIONES

Se pueden distinguir:

a) *Partición conjunta con conjunción simultánea*. La actuación compartida de contador y herederos se produce de modo conjunto desde el otorgamiento del documento particional.

b) *Partición conjunta con conjunción sucesiva*. Dentro de este grupo caben estas dos posibilidades:

(30) Véase nota 9.

— Partición inicialmente realizada por contador excediéndose de sus facultades, ratificada posteriormente por los herederos. En principio, la partición fue unilateral del contador, pero al ratificar los herederos en documento posterior todas las actuaciones del mismo, se subsana la extralimitación padecida, aunque es precisamente a base de interpretar que esa ratificación o aprobación posterior implica realización de la partición de los herederos en todo aquello en que se ha excedido el contador. En cambio, luego tendremos ocasión de ver que si el contador practicó la partición dentro de sus facultades, la aprobación posterior de los herederos no significa partición conjunta, por estar ya agotada por el contador la actuación particional. Dentro de este grupo que estudiamos, hay que incluir también la modalidad de partición inicialmente realizada por el contador junto con algún heredero y posteriormente ratificada por los demás, no importando en este supuesto el hecho de que el contador se excediera o no de sus atribuciones, pues si realizó las operaciones junto con algún heredero, la partición quedó configurada ya desde el principio como partición conjunta, si bien faltaba la ratificación de los demás herederos.

— Partición inicialmente realizada por los herederos dentro del plazo de actuación del contador, prestando éste su aquiescencia posterior a dicha partición (31). Si se parte de la tesis de que el contador es la persona legitimada por el testador para realizar la partición, será necesario, según dijimos, contar con su intervención, por lo que si los herederos actuaron por su cuenta, la aquiescencia o ratificación posterior del comisario subsana ese defecto, convirtiendo la partición realizada exclusivamente por los herederos en partición conjunta. En cambio, para aquellos autores, como LACRUZ, que estiman que los herederos pueden, de común acuerdo, prescindir del contador, les resultará superflua la aquiescencia del mismo; pero ya nos hemos pronunciado antes acerca de este discutible problema.

3. CLASIFICACIÓN ATENDIENDO A LOS HEREDEROS QUE PARTICIPAN

En este sentido distinguimos dos grupos:

- a) Partición conjunta de contador y de todos los herederos.
- b) Partición conjunta de contador y de algunos de los herederos.

Esta distinción servirá para destacar que ambas modalidades son particiones conjuntas, con todas sus consecuencias. Ahora bien, la segunda de las apuntadas es una partición conjunta defectuosa, pues no intervie-

(31) Admite esta posibilidad GARCÍA-MONGE Y MARTÍN, *trab. cit.* en nota 10, página 142.

nen todos los herederos; pero es partición conjunta al fin y al cabo, y así no sólo será necesario la intervención de los demás herederos, sino que habrá que aplicar ineludiblemente los demás requisitos que exige la figura de la partición conjunta. Cuando se subsane por la intervención y ratificación de los demás herederos, esa modalidad *b)* de partición conjunta pasará a convertirse en la modalidad *a)*.

4. CLASIFICACIÓN ATENDIENDO AL GRADO DE ACTUACIÓN CONJUNTA DE CONTADOR Y HEREDEROS

a) Partición conjunta total, en el sentido de que la actuación conjunta de contador y herederos lo fue en todas las operaciones particionales.

b) Partición conjunta parcial, en el sentido de que los herederos sólo intervinieron en algunas de las operaciones, no en todas.

Esta distinción sólo puede admitirse para conocer mejor las variantes de la partición conjunta, pero no sirve para diferenciar la regulación y naturaleza de ambas modalidades, pues tan partición conjunta y con iguales consecuencias es la primera como la segunda, sin que tenga interés diferenciar el grado de intervención de los herederos en las operaciones. Luego insistiremos en este punto y haremos alguna matización a propósito de la operación del inventario.

V. NATURALEZA JURIDICA DE LA PARTICION CONJUNTA DE CONTADOR Y HEREDEROS

Hay que resolver si la intervención conjunta de contador y herederos en las operaciones particionales da lugar a un nuevo tipo característico de partición o si se asimila íntegramente a una u otra de las formas particionales previstas legalmente. Por supuesto que nos vamos a referir ahora sólo a la naturaleza jurídica de la partición conjunta de contador y herederos, no a la partición realizada por el contador con intervención de los herederos para aprobarla o a otros efectos, figuras éstas de las que después nos ocuparemos.

Señalaremos tres teorías acerca de la naturaleza jurídica de la partición conjunta:

1.^a *Teoría de la asimilación de la partición conjunta a la partición exclusiva de contador.*—Según esta teoría, la partición sigue siendo partición de contador del artículo 1.057 del Código civil, aunque realicen las operaciones conjuntamente con él los herederos. En consecuencia,

aplicando esta teoría no habría ninguna diferencia entre la partición conjunta de contador y herederos y la partición de contador con aprobación de los herederos o con intervención de éstos en la escritura a otros efectos distintos de los particionales. En cualquier caso, regiría la normativa de la partición exclusiva de contador, sin quedar afectada por esa intervención de los herederos.

Sin tratar de encasillar necesariamente a ningún autor dentro de esta teoría, que exponemos como hipotética, pues nadie se pronuncia de modo expreso y directo sobre el problema, podemos señalar algún ejemplo próximo a la misma exponiendo la posición de MORELL y TERRY.

Aunque este autor parece distinguir, en principio, la partición conjunta de la partición de contador con aprobación de los herederos, dice, sin embargo, lo siguiente, acerca de aquélla al comentar la doctrina de la Dirección: «Parece algo violento que, al obrar de acuerdo en todos los extremos de la partición dichos interesados y el comisario, se exijan mayores requisitos, por el hecho de constar la conformidad, e intervenir personas que la ley no considera necesarias, ya que siempre resulta que el contador personalmente interviene, y personalmente realiza la partición, aunque de acuerdo con los interesados» (32). De aquí se desprende, al parecer, que este autor considera violento exigir los requisitos de la partición de herederos (por ejemplo, aprobación judicial en caso de existir menores no representados por los padres) en el caso de intervención conjunta de contador y herederos y que sería partidario de seguir aplicando a tal supuesto la normativa de la partición de contador.

Creemos que Morell olvida que la partición de comisario está concebida en el Código y en la jurisprudencia como una figura excepcional y que el carácter personalísimo e imparcial del cargo de comisario queda muy atenuado cuando comparte su actuación con los herederos.

2.^a *Teoría de la configuración de la partición conjunta como una partición «sui generis» de carácter mixto, que exige acumulativamente los requisitos legales de la partición de contador y de la de herederos.*— Esta teoría se adapta aparentemente al supuesto de hecho existente, pues es evidente que en dicha partición intervienen los dos elementos, con lo que el problema se simplificaría entendiendo que se deben aplicar las normas de ambos tipos de partición.

Como hemos dicho antes, ésta parece ser la tesis de la resolución de 15 de julio de 1943 (caso del Registro de Santa Fe) cuando dice, al ocuparse de la partición conjunta, que queda «alterada la naturaleza jurídica de la partición, cuya eficacia, impugnación, modificación o rescii-

(32) MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1925, 2.^a ed., tomo II, pág. 523.

sión quedan pendientes de preceptos contradictorios». O sea, que dicha partición no se regularía por las normas de la de contador, sino por preceptos contradictorios, como serían los de la partición de contador y los de la de herederos. Naturalmente, esto es tanto como rechazar la figura de la partición conjunta, pues sería un «monstruo jurídico» determinante de contradicciones. Y así lo entiende la citada resolución, que expone esas ideas como argumento en contra de la partición conjunta. Pero admitida la viabilidad legal de esta clase de partición, se debe huir de una caracterización que lleve a la contradicción y al absurdo, porque entonces la contradicción se encontraría en el intérprete y no en la partición objeto de estudio.

Efectivamente, la admisión de esta tesis lleva a la contradicción, pues existen normas diferentes sobre eficacia, impugnación, modificación y rescisión, como apunta la resolución. No obstante, en otros aspectos no se produciría contradicción, sino superposición de requisitos. Pero ni aun en esos aspectos en que se produce acumulación sin contradicción conviene defender esta caracterización de la partición conjunta.

Para comprobar los resultados a que conduciría esta tesis acumulativa expondremos también, a título de ejemplo, las notas registrales de los casos de las resoluciones de 7 de marzo de 1914 (otro caso del Registro de Rute) y de 6 de abril de 1962 (caso del Registro de Lucena). No es que en la redacción de tales notas se admita la teoría acumulativa, sino que las exponemos como ejemplos del resultado a que conduce dicha teoría, prescindiendo de si en realidad el Registrador partía o no de la misma. En la nota del caso de la resolución de 7 de marzo de 1914, el Registrador señaló dos defectos, uno de los cuales se refería a la normativa de la partición exclusiva de contador (falta de citación al inventario: artículo 1.057 del Código civil) y el otro a la partición exclusiva de herederos (falta de aprobación judicial existiendo menores no representados por los padres). Nosotros creemos que no cabe señalar ambos defectos de forma acumulada, sino sólo uno de ellos, el primero o el segundo, según se entienda que la partición fue exclusiva de contador o de herederos.

En la nota registral del caso de la resolución de 6 de abril de 1962 se advierte también cierto parecido, aunque no tan claro, con el resultado de la teoría mixta, pues, por un lado, se señala como defecto el no haberse cumplido el requisito de la citación al inventario (característico de la partición de contador), y por otro, al adjudicarse a uno solo de los herederos el único bien inventariado con abono a los demás del exceso en metálico, entre los que había menores representados por el padre, se dice que faltaba la autorización judicial del artículo 164 del Código civil,

requisito este último que sólo cabe plantear ante una actuación no del contador, sino del padre en representación de los menores.

En cualquier caso, creemos que tampoco cabe admitir esta superposición de preceptos legales, pues la normativa del artículo 1.057 sólo está prevista para una actuación exclusiva del contador, como veremos a continuación.

3.^a *Teoría de la aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos.*—Numerosas resoluciones de la Dirección General, antes apuntadas para otro propósito (el de la viabilidad legal de la partición conjunta), pueden ser citadas aquí para comprobar que la Dirección tiende a aplicar a la partición conjunta las normas de la partición de herederos, excluyendo las de la partición exclusiva de contador.

La resolución de 9 de septiembre de 1895 (caso del Registro de Nava del Rey) considera que la partición realizada por el contador en unión de los herederos es «una partición contractual de herederos, no unilateral del contador», con la consecuencia de que deben aplicarse las «reglas generales de la división de la herencia».

La resolución de 12 de noviembre de 1895 (caso del Registro de Avila), ante una intervención conjunta de contador y herederos, resuelve en el sentido de que no es una partición del artículo 1.057, exigiendo el requisito de la aprobación judicial propio de la partición de herederos existiendo menores no representados por los padres.

La resolución de 25 de mayo de 1906 (caso del Registro de Villacarrillo), ante un supuesto de partición conjunta de contador y algunos de los herederos, señala que en tal caso deben regir las reglas generales de la partición de herederos y no el artículo 1.057 del Código civil.

La resolución de 9 de enero de 1918 (caso del Registro de Badajoz), ante otro supuesto de partición de contador en unión de alguno de los interesados, advierte que «esta sustitución de un acto unilateral realizable bajo la exclusiva responsabilidad de los comisarios y de característico alcance, por *un convenio plurilateral* en el que se transige y conviene sin representar a todos los interesados, impide...».

La resolución de 27 de febrero de 1922 (caso del Registro de Berja) dice lo siguiente en otro supuesto de partición conjunta: «La mencionada escritura no puede reputarse como un instrumento autorizante de operaciones testamentarias ejecutadas por contador-partidor, con todos los efectos y alcance que a las de su clase les atribuye el artículo 1.057, cuya fuerza y vigor emana solamente de las disposiciones legales que expresamente las autorizan, sino que tal escritura ha de estimarse comprendida entre las que prevé el artículo 1.058 y, por tanto, sujeta a los principios generales del régimen contractual, y para que tuvieran validez

y eficacia los variados pactos que contiene aquélla para todos los interesados en la herencia era indispensable que hubieran concurrido a la misma todos los instituidos, según el artículo 1.058 citado, en concordancia con los 1.091, 1.254 y 1.259 del Código civil».

La resolución de 6 de abril de 1962 (caso del Registro de Lucena) ya hemos visto que dice que en las particiones de contador con intervención conjunta de los herederos se produce «una mezcla de operaciones divisorias de tipo contractual con las declaraciones distributivas del representante del testador, que si en algunos casos no pueden desvirtuar la naturaleza privilegiada y unilateral del acto, en la mayoría operan una auténtica transformación, convirtiéndolo en un verdadero contrato particional». Y, además, añade: «Considerando que en la escritura calificada se advierte que el contador-partidor nombrado no realiza por sí mismo ninguna operación testamentaria, sino que son los mismos herederos, en unión del contador-partidor, quienes formalizan el inventario, avalúo, liquidación y adjudicaciones correspondientes, y por ello no puede reputarse el acto comprendido en el artículo 1.057 del Código civil, sino debe estimarse como uno de los previstos en el artículo 1.058, sujeto, por tanto, a los principios generales del régimen contractual, según los cuales, conforme al artículo 1.060, podrá el heredero menor de edad comparecer debidamente representado por su madre, sin que por ello sea necesaria la aprobación judicial».

La resolución de 15 de julio de 1943 (caso del Registro de Santa Fe), aunque hemos visto que rechaza la figura de la partición conjunta, y en ese aspecto la hemos criticado, sin embargo, contiene una serie de declaraciones y explicaciones de por qué no se pueden aplicar en tal caso las normas de la partición de contador del artículo 1.057 del Código civil. En este sentido, tales declaraciones, debidamente separadas de la conclusión a que llega, nos pueden servir para explicar aquella otra línea jurisprudencial que admite la partición conjunta y la aproxima a la partición de herederos, excluyendo la normativa de la partición de contador. Por eso, aunque, a efectos de delimitar la *ratio* de esa resolución, no cabe fraccionar sus declaraciones separándolas unas de otras, a efectos de orientarnos y completar aquellas otras resoluciones podemos citar las explicaciones que da la resolución para excluir de tales casos la aplicación del artículo 1.057. En el «Considerando» primero indica que los contadores-partidores del citado precepto «representan la voluntad e interpretan las disposiciones del testador, en la máxima medida que por nuestra legislación vigente se admite». En el segundo «Considerando» destaca que «entre los caracteres asignados al cargo de contador destaca de manera preferente el de ser personalísimo, pues descansa en la confianza

y seguridad que inspira al testador por sus condiciones personales, moralidad o probidad reconocida, de tal manera que sus atribuciones pueden ser muy extensas dentro de los límites señalados». En el tercer «Considerando», deduce de lo expuesto, «el carácter unilateral que tiene el acto jurídico realizado por el comisario y la necesidad de que éste, previa la información y asesoramientos que estime oportunos, realice sin precesiones ni disputas su misión, como juez imparcial». En el último «Considerando» indica que en tal actuación conjunta el comisario interviene «más como parte contratante que como autoridad dirimente».

Vemos, pues, que en esta resolución se contienen una serie de razones en contra de la asimilación de la partición conjunta a la partición de contador. Lástima que esos impecables razonamientos hayan llevado a la conclusión de que la partición conjunta produce confusión y contradicción en la partición, en lugar de limitarse a decir que, en tal caso, son aplicables las reglas generales de la división de herencia, como dicen las restantes resoluciones extractadas.

Esta línea jurisprudencial, con esa explicación paradójica en la resolución contraria de 15 de julio de 1943, no queda empañada por otras resoluciones que, a primera vista, parecen seguir la tesis opuesta al aplicar las normas de la partición de contador. Nos referimos a tres resoluciones, las de 7 de marzo de 1914 (caso del Registro de Rute), 6 de marzo de 1930 (caso del Registro de Valmaseda) y 26 de marzo de 1952 (caso del Registro de Marchena), que, ante intervenciones de contador y herederos en la misma escritura, aplican la regulación del artículo 1.057 del Código civil, entendiendo que se trataba de partición de contador. Pero estas resoluciones no dicen que la partición conjunta de contador y herederos se rija por el artículo 1.057, sino que contemplan supuestos de hecho en que se decidió que no había tal partición conjunta, a pesar de intervenir también los herederos en la escritura, pues se trataba de caso de «partición de contador con aprobación de los herederos» en el sentir de tales resoluciones; y, claro está, desde tal perspectiva, la partición de contador no quedaba desnaturalizada ni transformada por esa intervención *a posteriori* de los herederos. Al tratar de la partición de contador con aprobación de los herederos analizaremos estas resoluciones. Ahora baste indicar que la doctrina que de las mismas resulta no es incompatible con las otras resoluciones anteriormente expuestas, pues repetimos que contemplan un supuesto de hecho distinto.

Nuestra postura.—Nosotros aceptamos esta tercera teoría que considera aplicables a la partición conjunta las normas de la partición de herederos, siempre que se haga la matización de que se trata de una *aproximación* de la partición conjunta a la partición de herederos, y no

de una equiparación total. La Dirección no ha tenido ocasión de matizar en los casos examinados si se trataba de una aproximación o de una equiparación, pues en ellas se discutía solamente la aplicación de un requisito en concreto de la partición de contador o de herederos, resolviéndose en pro de la aplicación de la normativa de la partición de éstos y no de aquél. Pero nosotros, que estamos estudiando el problema de la naturaleza jurídica, en términos generales, tenemos que precisar que la asimilación no es total. Ciertamente queda excluida la normativa privilegiada de la partición de contador, pero de ahí no se desprende que éste haya de ser completamente olvidado, pues interviene en la partición y de algún modo influye en la misma. Por tanto, no puede decirse que la partición conjunta de contador y herederos es igual a la partición exclusiva de herederos. Si se dijera esto se olvidaría que, en la legislación vigente, los herederos no pueden prescindir del contador, y que precisamente su intervención, aunque no atrae la aplicación del artículo 1.057, evita que pueda tacharse de irregular la partición por no haber intervenido el comisario.

En concreto, he aquí las consecuencias prácticas que vemos en la colaboración del comisario con los herederos, las cuales excluyen la idea de una equiparación total de la partición conjunta con la partición de herederos:

1.^a La consecuencia fundamental es la que acabamos de apuntar: que la figura del contador y su intervención purifica el defecto que podría producirse si la partición la realizaran exclusivamente los herederos prescindiendo del comisario.

2.^a Supongamos que el testador ha nombrado varios contadores solidarios y que ha realizado la partición conjunta con los herederos uno solo de dichos contadores. Si se entendiera que con la partición conjunta se esfuma la figura del contador, por equiparación total con la partición exclusiva de herederos, se llegaría a la consecuencia de que el contador que intervino no es suficiente (pues se habla de que queda esfumada su intervención) y debe ratificar la partición el otro contador. Pero entonces se va contra la regla de solidaridad de contadores consistente en que basta que intervenga cualquiera de ellos. Por ello creemos que, a efectos de cumplir con la norma resultante del artículo 1.058 del Código civil, de que los herederos no pueden prescindir del comisario, no queda incumplida porque la partición haya sido hecha conjuntamente por los herederos con uno de los contadores solidarios. Esta opinión no obsta para que aconsejamos, como en todo caso de solidaridad de nombramiento de contadores, que, si es posible, intervengan todos los contadores solidarios en la partición, con objeto de evitar particiones duplicadas y con-

tradictorias, o por lo menos que se exprese la razón de la no intervención del otro contador, aunque no sea imperativo expresar tal extremo.

3.^a Supongamos que el contador solidario que intervino en la partición junto con los herederos es incapaz o inhábil. Esta hipótesis es otro argumento para hacer ver que no hay que olvidar la figura del contador en la partición conjunta. Y es que hay que calificar también la capacidad del comisario, por lo que si éste es inhábil lo hecho por él equivale a lo hecho por «no comisario» (33), con la consecuencia de que habría que requerir la intervención del otro contador solidario, a no ser que se hubiera excusado o hubiera fallecido o renunciado, pues entonces valdría la actuación exclusiva de los herederos por «no existir ningún comisario». Pero lo que queremos demostrar ahora es que en la partición conjunta no se puede prescindir sin más del análisis de la figura del contador para centrarse exclusivamente en los herederos.

4.^a Otra consecuencia práctica que impide olvidar al contador de una partición conjunta: si todos los interesados (herederos y contador) se han reservado en las cláusulas finales de la escritura facultades llamadas «residuales», que les permitan volver a intervenir, en los mismos términos, si aparecen otros bienes de la herencia, la adición posterior a la partición no podrán realizarla exclusivamente los herederos, sino que deben contar también con el comisario, por lo menos siempre que no haya transcurrido el plazo de su encargo. Luego he aquí otra razón para no considerar esfumada la figura del comisario de la partición conjunta.

5.^a A efectos de retribución, cuando tenga derecho a ella, creemos que no puede negársele por el hecho de no haber realizado la partición él solo, sino en forma conjunta, pues lo cierto es que ha intervenido en las operaciones y la retribución se percibe por los trabajos realizados, no por la actuación personalísima; a no ser, claro está, que el testador hubiera condicionado los honorarios a la intervención exclusiva del contador.

Hemos tratado de demostrar que la figura del comisario no es totalmente inútil en la partición conjunta, y que, por ello, no debe ser olvidado diciendo que dicha partición de contador y herederos se equipara totalmente a la partición de herederos.

Pero esto no significa que defendamos la postura mixta o acumulativa antes expuesta. Sólo admitimos la idea de *tertium genus* en el sentido de que ha de ser tenida en cuenta, al lado de los herederos, la figura del

(33) En este sentido, con referencia al albacea en general, ALBALADEJO, en *obra citada* en nota 20, pág. 674, dice textualmente: «Yo creo que quien entró (realmente no entró) en el albaceazgo sin la aptitud requerida es tan no albacea como el que más, ya que se trata de que, legalmente hablando, albacea sólo pueden serlo las personas idóneas».

comisario; en cambio, ya hemos dicho que no han de aplicarse las normas de la partición del comisario. Distinguimos, pues, entre «comisario» y «partición del comisario». «Comisario» es la persona facultada por el testador para realizar la partición, y puede hacerla por sí solo (partición del comisario) o en forma conjunta con los herederos (partición conjunta). El comisario está presente en la partición conjunta y su figura da ese tono de *tertium genus* sólo en el sentido derivado de las cinco consecuencias que acabamos de apuntar. En cambio, «partición de comisario», en sentido legal, es la partición privilegiada del artículo 1.057 del Código civil, que exige la intervención exclusiva y personalísima del comisario, a diferencia de la partición conjunta. En contra de la tesis acumulativa o mixta, entendemos que esa «partición de comisario del artículo 1.057» y sus correspondientes normas (citación al inventario, no necesidad de aprobación judicial, etc.) deben considerarse extrañas a la partición conjunta.

Volvamos ahora a lo que hemos dicho al principio de este epígrafe que recoge nuestra postura: que defendemos la teoría patrocinada por la Dirección de que deben ser aplicadas a la partición conjunta las normas de la partición de herederos, lo cual significa, en nuestra opinión, una aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos, pues insistimos en que hay que dejar a salvo esas consecuencias prácticas derivadas de tener en cuenta al comisario (no a la partición de comisario).

¿Y por qué defendemos la doctrina de la Dirección que aproxima la partición conjunta a la partición de herederos y excluimos la equiparación a la partición de comisario y la teoría mixta o acumulativa? Por estas tres razones obtenidas por una exploración de las resoluciones apuntadas:

1.^a El carácter personalísimo del cargo de comisario y la naturaleza unilateral de su actuación, como mandatario *sui generis* del testador, impiden que pueda ser aplicado el artículo 1.057 del Código civil cuando ese carácter personalísimo y esa unilateralidad quedan oscurecidos por la intervención conjunta de contador y herederos. En cambio, las normas de la partición de herederos no deben quedar excluidas por esa intervención adicional del comisario, máxime teniendo en cuenta que es necesaria su intervención en la legislación vigente (art. 1.058 del Código civil).

2.^a El contador de la partición contemplada en el artículo 1.057 (como distinta de la partición ordinaria) es lógico que actúe como un juez imparcial y como una autoridad dirimente, pues por eso la partición realizada por él tiene normas especiales, y si intervienen en las operacio-

nes los herederos desaparece o se limita de algún modo esa imparcialidad del comisario y esa caracterización del mismo como autoridad dirimente.

3.^a Hay unanimidad en reconocer que la partición de contador del artículo 1.057 del Código civil es una partición excepcional y privilegiada y que la partición de herederos representa la partición ordinaria, o sea, las normas generales de la división de la herencia. Así, por ejemplo, el artículo 1.057 del Código civil, según opinión dominante, supone la derogación parcial del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de que la aprobación judicial no es necesaria tratándose de partición de contador (34). En cambio, dicho artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ser aplicado cuando se trate de partición de herederos si los menores no están representados por el padre o la madre (artículo 1.060, *a sensu contrario*). Pues bien, si la partición de contador es excepcional y la de herederos la ordinaria, puestos a aplicar una u otra normativa a la partición conjunta, en que intervienen ambos elementos, habrá que decidirse (una vez excluida la aplicación de ambas, por lo ya dicho) por las reglas de la partición ordinaria de herederos, ya que la partición de contador, al ser excepcional y privilegiada y suponer la derogación de ciertos principios generales de la división de herencia, sólo cabe aplicarla cuando se den estrictamente los requisitos de la misma; y resulta que dentro del artículo 1.057 del Código civil sólo cabe, según su letra, la partición realizada por contador, no por el contador y los herederos, que, según dijimos, es una hipótesis no contemplada por dicho precepto. En cambio, los artículos 1.058 y siguientes y demás normativa de la partición de herederos deben ser aplicados, pues representan las normas comunes o generales de la partición, que atraen hacia ella el supuesto de partición conjunta, no regulado especialmente.

VI. CONSECUENCIAS PRACTICAS DE LA «APROXIMACION» DE LA PARTICION CONJUNTA A LA PARTICION DE HEREDEROS EN CUANTO A NORMATIVA APLICABLE

He aquí una serie de consecuencias prácticas de la teoría de la «aproximación de la partición conjunta a la partición de herederos, que revelarán no sólo la importancia del epígrafe relativo a la naturaleza jurídica

(34) Así, Resoluciones de 5 de octubre de 1893, 21 de enero de 1898, 5 de octubre de 1900, 2 de agosto de 1909, 26 de agosto de 1909 y 7 de marzo de 1914. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo cita en su totalidad el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (incluso en lo referente a los contadores), pero su doctrina no afecta al problema, pues se refería a una partición practicada por herederos, no por contador, por lo que en tal caso no hay duda de que es aplicable el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

de esta figura, sino también las diferencias prácticas existentes entre la misma y la partición exclusiva de contador con simple aprobación posterior de los herederos o con intervención de éstos en la escritura a otros efectos, que, por no ser formas de partición conjunta, no llevan consigo las consecuencias que ahora exponemos:

1.^a *Aplicación del requisito de la unanimidad de los herederos.*—Según resulta de los artículos 1.058 y 1.059 del Código civil, en la partición contractual los herederos deben intervenir todos ellos, pues en otro caso la partición no reúne los requisitos legales. Pues bien, aproximada la partición conjunta de contador y herederos a la partición realizada por éstos, será también exigible, a efectos de inscripción, ese requisito de que intervengan todos los herederos junto con el contador. Por tanto, si la partición consta realizada en forma conjunta por el contador y algunos de los herederos, se trata de una partición conjunta defectuosa que exige, para su eficacia e inscripción, la ratificación de los que no intervinieron. Esto mismo resulta de las resoluciones de 9 de enero de 1918, 27 de febrero de 1922 y 15 de julio de 1943.

La resolución de 9 de enero de 1918 (caso del Registro de Badajoz), ante la interpretación dada a una cláusula dudosa del testamento por el contador y algunos de los interesados, advierte que la «sustitución de un acto unilateral realizable bajo la exclusiva responsabilidad de los comisarios y de característico alcance, por un convenio plurilateral en el que se transige y conviene *sin representar a todos los interesados*, impide conceder a las declaraciones y supuestos particionales la decisiva influencia sobre la que el Presidente de la Audiencia apoya su resolución».

La resolución de 27 de febrero de 1922 (caso del Registro de Berja) exige expresamente el requisito de la unanimidad, diciendo que «para que tuvieran validez y eficacia los variados pactos que contiene aquélla (la escritura) para todos los interesados en la herencia, era indispensable que hubieran concurrido a la misma *todos los instituidos*, según el artículo 1.058 citado, en concordancia con los 1.091, 1.254 y 1.295 del Código civil».

La resolución de 15 de julio de 1943 (caso del Registro de Santa Fe), aunque su declaración fundamental es la exclusión de la partición conjunta por aquellos tres argumentos que antes rebatimos, y, por tanto, no habría que citarla a los efectos que ahora estudiamos; sin embargo, contempla la falta del requisito de la unanimidad como un defecto subsidiario, es decir, aun en el supuesto de que fuera admisible la partición conjunta de contador y herederos, «siempre queda en pie la afirmación de que algunos herederos y *no todos* han tomado acuerdos que el comisario convalida más como parte contratante que como autoridad dirimente».

Aunque de éstas y de las demás resoluciones que ahora citaremos ya nos hemos ocupado, ahora las estamos reseñando de nuevo, pero subrayando el especial aspecto que nos interesa en este epígrafe.

2.^a *El requisito de la capacidad de los herederos.*—La teoría de la «aproximación» de la partición conjunta a la partición de herederos exige la calificación de si los herederos tienen o no capacidad suficiente para la realización de las operaciones particionales y, en su caso, si se ha completado debidamente su falta de capacidad. En cambio, si la partición conjunta se equiparase a la partición de contador, sería intrascendente este problema a efectos de inscripción de la partición, pues siempre podría inscribirse sin hacer referencia a la intervención de los herederos, como acto unilateral del contador y considerando aquella intervención como un requisito innecesario, cuyas deficiencias no repercutirían en la partición por aplicación del aforismo *utile per inutile non vitiatur*. Pero hemos visto que no es ésa la posición adecuada respecto a la naturaleza jurídica de la partición conjunta, y ello supone atender al problema de la capacidad de los herederos y a la representación legal de los mismos. Por ejemplo, en la resolución de 9 de septiembre de 1895 (caso del Registro de Nava del Rey) se considera necesario «dejar bien acreditada la representación de los menores».

3.^a *El problema de la incompatibilidad de intereses entre padre e hijo y el nombramiento de defensor judicial.*—Esto se plantea de modo diferente en la partición de contador y en la de herederos. En la partición de contador del artículo 1.057 sólo se plantea la cuestión de incompatibilidad de intereses entre padre e hijo a propósito de la citación al inventario. Y si ambos son herederos y el padre no está interesado en la liquidación de la sociedad conyugal o en otra herencia que se formaliza al mismo tiempo, no tiene por qué apreciarse incompatibilidad de intereses entre padre e hijo, porque, aunque ambos sean herederos, el interés de uno y otro en el inventario no es contradictorio, sino concordante (35). Otra cosa sucede si, como acabamos de decir, el padre es el cónyuge viudo de la causante y tiene interés en la liquidación de la sociedad conyugal, pues en tal caso la incompatibilidad de intereses se pone también de manifiesto en el inventario, ya que se trata de delimitar el inventario de la herencia y el de la otra mitad de gananciales. Pero lo que queremos resaltar es que en la partición de contador el problema de la incompatibilidad de intereses entre el padre y el hijo menor y el nombramiento de defensor judicial se plantea con matices distintos que en el caso de realización de todas las operaciones particionales por el padre como representante de los hijos menores. Así, en ese mismo supuesto de que ambos

(35) En este sentido, RUIZ ARTACHO, *ob. cit.* en nota 1, pág. 260.

sean herederos, la incompatibilidad de intereses se produce en todo caso si el padre, que es heredero, interviene en todas las operaciones no sólo en su propio nombre, sino en representación del menor, por lo que el nombramiento de defensor judicial se exigiría sin tener en cuenta esas distinciones que hemos hecho a propósito de la operación exclusiva de inventario, en que la incompatibilidad de intereses no tiene por qué existir siempre.

Y como la partición conjunta se «aproxima» a la partición de herederos, si, además de contador, realiza la partición el padre en representación de sus hijos menores, siendo todos ellos herederos, será necesario siempre el nombramiento de defensor judicial. En cambio, si el padre no realiza operaciones particionales, sino que se limita exclusivamente a intervenir en el inventario en la partición exclusiva del contador y a los solos efectos de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.057, el nombramiento de defensor judicial tendrá lugar en unos casos, pero en otros no, según el padre tenga además interés en otros inventarios que se practican conjuntamente con el inventario de la herencia en cuestión.

4.^a *El requisito de la aprobación judicial en el supuesto de menores no representados por los padres.*—La partición conjunta de contador y herederos en que intervenga un defensor judicial en representación de los menores precisa de la aprobación judicial, pues, al no ser aplicable el artículo 1.057 del Código civil, dicha aprobación resulta de lo dispuesto en el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la aplicación *a sensu contrario* del artículo 1.060 del Código. En cambio, si se tratase de partición exclusiva de contador, la aprobación judicial de la partición no sería necesaria, por prevalecer la tesis de que el artículo 1.057 ha derogado parcialmente el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (36).

La repetida resolución de 9 de septiembre de 1895 (caso del Registro de Nava del Rey) insiste también en este punto, diciendo que es necesario «someter la partición a la aprobación judicial, por no ser pertinente al caso (de partición de contador y herederos) la excepción del artículo 1.060 del Código civil, sino la regla del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de la resolución de 25 de mayo de 1906 (Registro de Villacarrillo) el Registrador denegó la inscripción por el defecto de faltar la aprobación judicial y la Dirección confirma la nota, entendiendo que «debe someterse la partición a la aprobación judicial, conforme a lo establecido en los artículos 1.060 del Código y 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

6.^a *El requisito de la autorización del Consejo de Familia.*—Paralelamente a lo que acabamos de decir, al no ser aplicable el artículo 1.057 a

(36) Véase lo dicho en la nota 34.

la partición conjunta, será necesaria la autorización del Consejo de Familia de aquella partición conjunta de contador y tutor en representación menor o incapacitado. En cambio, no debe exigirse, además, la aprobación judicial, pues ésta ha de entenderse sustituida por la autorización del Consejo de Familia (37).

6.^a *Requisitos en caso de herederos ausentes.*—Si se trata de partición exclusiva de contador, no es necesario que intervengan representantes del ausente ni que éste tenga autorización judicial. En cambio, si junto al contador realizan las operaciones particionales algunos herederos, ha de exigirse también la intervención del representante del ausente y la autorización judicial, salvo si el representante es el cónyuge, hijo o ascendiente del mismo (38). Y esto es así precisamente por la «aproximación» de la partición conjunta a la normativa de la partición de herederos.

7.^a *En la partición conjunta no es necesario el requisito de la citación al inventario.*—Si se aplicasen a la partición de contador y herederos las normas de la partición de contador, habría que exigir, en caso de existir menores o sujetos a tutela, el requisito de la citación al inventario de herederos, acreedores y legatarios, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil. Pero como la partición conjunta no se rige por este precepto, no es necesario dar cumplimiento a lo prevenido en el mismo. Naturalmente, en la partición conjunta hemos dicho que deben intervenir todos los herederos en la partición, por lo cual parece que es innecesario plantear ese supuesto, ya que al intervenir en la partición dan por bien hecho el inventario. Pero nosotros lo planteamos no respecto a los herederos, sino en relación con los acreedores y legatarios, también aludidos en el artículo 1.057, con la consecuencia de que no hay necesidad, tratándose de partición conjunta, de citar al inventario a los mismos. Este es el único aspecto en que la partición de contador y herederos es

(37) Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de febrero de 1906 consideró necesaria la aprobación judicial porque la autorización del Consejo de Familia se limita a habilitar al tutor para representar al pupilo, la Dirección General de los Registros entiende que tal autorización del Consejo de Familia no es una mera fórmula, «sino que, por el contrario, el precepto impone una íntima y estrecha solidaridad al tutor y al Consejo en cuanto al contrato particional, y como los demás apartados del mismo artículo (269 C. c.) hacen del tutor un órgano ejecutivo de la voluntad del Consejo, según se pone de relieve en los artículos 270, 271 y 274 del mismo Código respecto de la enajenación y transacción, de modo que parece de suma conveniencia que el Consejo, ultimada la partición, *la apruebe*, o bien que al dar la autorización fije las bases o instrucciones a que el tutor rigurosamente debe ceñirse» (Resolución de 30 de octubre de 1943). En realidad, la Dirección parte de distinta perspectiva que aquella sentencia, pues configura la autorización del Consejo de Familia con un contenido determinado si adopta la forma de «autorización previa» o como una verdadera aprobación de la partición si el Consejo cumple el requisito con posterioridad a la partición.

(38) Véanse los artículos 1.041, 1.043 y 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

más sencilla en cuanto a exigencias de requisitos que la partición de contador.

La resolución de 6 de abril de 1962 (caso del Registro de Lucena) confirma lo que acabamos de decir. El Registrador suspendió la inscripción de una escritura de partición conjunta de contador y herederos porque no se había dado cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil, ya que en la escritura se aludía a una deuda y no había sido citado el acreedor. La Dirección revoca la nota porque, al formalizar los herederos, en unión del contador, las operaciones particionales, «no puede reputarse el acto comprendido en el artículo 1.057 del Código civil, sino debe estimarse como uno de los previstos en el artículo 1.058».

8.ª *El problema de las facultades privilegiadas del contador respecto a la interpretación de cláusulas dudosas del testamento.*—Sabido es que varias resoluciones de la Dirección General excluyen de la calificación del Registrador el acierto o desacierto de la interpretación del testamento realizada por el contador. Naturalmente, lo que creemos que no puede hacer el contador es desvirtuar el testamento en aquellos puntos que son claros, pues entonces entraría en acción la calificación registral. Pero fijémonos ahora en ese otro supuesto de cláusulas dudosas en que se destaca el carácter privilegiado de la interpretación del contador inmune a la calificación registral. En relación con el tema que nos ocupa, hemos de decir que esa facultad privilegiada del contador desaparece cuando no realiza por sí solo la partición, sino que la realiza en unión de los herederos.

Así se desprende de la resolución de 9 de enero de 1918 (caso del Registro de Badajoz), antes citada al tratar de la primera consecuencia práctica.

VII. ELEMENTOS PARA LA CARACTERIZACION DE LA PARTICION COMO CONJUNTA

Acabamos de examinar una serie de consecuencias prácticas derivadas de la calificación de la partición como conjunta, que suponen una importante diferenciación de este tipo de partición de otros supuestos en que la actuación del contador no deja de ser unilateral, aunque intervengan los herederos en la escritura a otros efectos.

Si existen tales consecuencias diferentes según se trate de partición conjunta o de partición de contador con intervención de los herederos a otros efectos, y si la distinción entre ambas clases de partición no puede basarse en el mero hecho de comparecencia de contador y herederos en la escritura, por ser éste un dato superficial carente de matices, habrá que

buscar los elementos claves para delimitar con claridad la partición conjunta de contador y herederos y poderla distinguir de la partición de contador con aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos.

Podemos resumir el criterio fundamental de distinción diciendo que la partición es conjunta si se dan estos tres elementos:

1.º *Realización conjunta* por contador y herederos de operaciones particionales.

2.º Intervención de contador y *todos o algunos* de los herederos.

3.º Realización conjunta de *todas o algunas* de las operaciones particionales.

1.º REALIZACIÓN CONJUNTA DE LA PARTICIÓN

Parece una perogrullada decir que la partición conjunta requiere este elemento de *realización conjunta* de la partición por el contador y los herederos. Pero después de haber apuntado que existen otras fórmulas de partición en que se produce una *intervención conjunta* de contador y herederos en la escritura, como son los supuestos de simple aprobación de la partición por los herederos o intervención de éstos para aceptar la herencia o para otro acto distinto de la partición, nos parece conveniente y fundamental insistir en el requisito de la «realización conjunta» de las operaciones, para diferenciarlo de la «simple intervención o comparencia conjunta en el documento».

Lo que interesa es «realizar» operaciones en forma conjunta, no presenciárlas o aprobarlas simplemente. Por tanto, si los herederos intervienen en la escritura de partición manifestando que no realizan las operaciones particionales, sino que se limitan a aceptar la herencia o a aprobar la partición exclusivamente realizada por el comisario, no hay base, en principio, para hablar de partición conjunta, pues no se produce esa realización conjunta.

«Realizar» la partición es intervenir directamente en las operaciones de partición, no en otros actos distintos, aunque se otorguen en la misma escritura.

Ahora bien, «la realización conjunta de la partición» hemos visto que puede producirse bajo dos formas: por conjunción simultánea, si los herederos y el contador, en el mismo momento e instrumento, manifiestan que han realizado la partición; y por conjunción sucesiva, cuando, habiendo realizado en principio la partición el contador, los herederos intervienen posteriormente en aquélla, bien se manifieste esta actuación posterior en el mismo documento de partición o en otro posterior.

Respecto a la realización conjunta «simultánea» no hay problema: el contador y los herederos han otorgado en forma conjunta la partición. Pero cabe preguntarse cómo es posible hablar de «conjunción sucesiva en el tiempo». Podemos contestar a esto diciendo que en principio es cierto que no cabe tal realización conjunta de la partición de modo sucesivo. Ello es así porque si el contador otorgó de modo unilateral y por sí solo la partición, la actuación posterior de los herederos (sea en el mismo documento particional o en otro posterior) no puede implicar una realización de lo que ya está otorgado por el contador de modo exclusivo. No obstante, añadimos que cabe perfectamente la realización conjunta en forma sucesiva, siempre que el contador al otorgar la partición se haya excedido de sus típicas facultades, pues entonces sólo se puede decir que «ha realizado» aquello para lo que tenía facultades, y que «lo realizado con exceso» es como si no lo hubiera realizado. Por ello, si posteriormente ratifican o aprueban los herederos la actuación del comisario hay que interpretar que es una ratificación «en sentido estricto», es decir, supone una «realización» de lo «no realizado por el comisario» (o sea, lo realizado fuera de sus funciones). Y como partimos del supuesto de que haya un íntimo enlace, sin posible separación, entre aquello que realizó el comisario dentro de sus facultades y aquello en lo que se excedió, la ratificación o aprobación posterior de los herederos, en tal supuesto, y sólo en tal supuesto, implica o equivale a realización conjunta de las operaciones por contador y herederos. Después insistiremos en esta modalidad de realización conjunta al hablar de los diferentes supuestos de partición con aprobación de los herederos, pues uno de ellos implica, como acabamos de decir, partición conjunta, aunque la fórmula notarial aluda a la aprobación.

En resumen, podemos decir que «realización conjunta» significa, por regla general, otorgamiento *simultáneo* de las operaciones particionales por parte del contador y los herederos, por lo que debe diferenciarse de la partición de contador con *aprobación* de los herederos o con intervención de éstos en la escritura a efectos distintos de las operaciones particionales; pero hemos hecho esa salvedad de que también es una forma de «realización conjunta de la partición» aquella que, aun adoptando la fórmula externa de «partición de contador con aprobación de los herederos», la aprobación de éstos 'significa en realidad hacer suyo lo realizado por el contador, subsanando el exceso cometido por éste en el otorgamiento de la partición.

Todo esto demuestra que no siempre es sencillo delimitar si se ha producido o no partición conjunta, con las consecuencias apuntadas.

Para una mejor caracterización de este elemento hay que tener en

cuenta dos importantes aspectos de la interpretación del documento, a efectos registrales.

En primer lugar, la calificación registral ha de partir de una interpretación «intrínseca» del documento. Por tanto, no es admisible deducir, por presunciones extrañas al documento de partición, que ha sido otorgado en forma conjunta, saltando por encima de los términos empleados y de las declaraciones que constan en el mismo. Queremos decir que no puede partirse de la presunción de que todo documento que comprenda declaraciones de contador y herederos a propósito de una partición de herencia lleva el signo de la partición conjunta. Es verdad que, en la práctica, lo normal es que el contador hable con los herederos y les pida opiniones y trate de saber sus deseos. Pero esta práctica frecuente no debe llevar necesariamente a la figura de la partición conjunta, prescindiendo de los términos y declaraciones del documento. Por un lado, como dijo la resolución de 6 de marzo de 1930 (caso del Registro de Valmaseda) «los comisarios, sin necesidad de resignar sus poderes distributivos, pueden inquirir la opinión de los herederos, suavizar los criterios contradictorios y armonizar las diversas pretensiones para el mejor cumplimiento de la voluntad en ellos delegada»; lo que significa que no hay por qué presumir «realización conjunta de la partición» por la mera intervención conjunta de contador y herederos en la escritura, pues sería prescindir del acto final y definitivo, como es el otorgamiento del documento particional de modo unilateral por el contador; y se exageraría el sentido de esos actos preparatorios de colaboración de contador y herederos, ya que, si aquél no pierde su característica de autoridad decisora, no hay por qué suponer que la partición otorgada fue conjunta. Por otro lado, si en el documento particional consta de forma terminante que es el contador quien ha realizado de modo exclusivo la partición y que los herederos se limitan a aprobarla o a realizar otros actos distintos, el Registrador tampoco tiene facultades para basar su calificación en presunciones o actos anteriores a la partición, no recogidos en la escritura, sino que ha de estar a lo que resulte de ésta. Pongamos un ejemplo de qué es lo que el Registrador no debe hacer, dada la necesidad de seguir una «interpretación intrínseca o interna» del documento. En el caso de la resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena) se desliza un argumento en el informe del Registrador en defensa de la nota, que no nos parece convincente. Lo expondremos a título de curiosidad, pues no repercutió en la resolución de la Dirección. En dicho informe se deduce que la partición fue conjunta por dos razones, una de las cuales es acertada, pues se refiere a la adjudicación *in totum revolutum*, de la cual nos

ocuparemos después; la otra razón es la que queremos destacar ahora: aunque en la escritura se decía que la partición había sido realizada exclusivamente por el contador y que los herederos la «aprobaban», el poder otorgado por unas herederas a favor del mandatario que intervino en la escritura junto con el contador era un «poder para partir las herencias de sus padres», no una sola de ellas, ni tampoco «para aprobarlas». De los términos del poder deduce el informe (al lado de la otra razón apuntada) que la escritura de partición contenía una realización conjunta, a pesar del «afán formalista» de «querer contradecir la realidad de lo otorgado, mediante frases ambiguas y equívocas». Pero esta deducción olvida que hay que atenerse al documento de partición (interpretación «intrínseca») y que hay que prescindir de lo que pudo haberse hecho (lo que resulta del poder) para centrarse en lo que efectivamente se hizo (que sólo resulta de la escritura de partición).

En segundo lugar, la calificación registral no sólo ha de basarse en el documento, sino que ha de fundamentarse en una interpretación «sistemática» del mismo. Esto puede ser un correctivo de ese «formalismo» que denunciaba el Registrador en el informe que acabamos de examinar; pero un correctivo obtenido dentro del mismo documento, a base de escudriñar el total contenido del mismo, sin salirse de él. Queremos decir que, aunque en las cláusulas de la escritura se diga que la partición la ha realizado exclusivamente el contador y los herederos se han limitado a aprobarla, si de los antecedentes de la escritura o de otras cláusulas no resulta así, hay que estar al contexto del documento (interpretación sistemática) y no al «afán formalista» de las cláusulas finales. Así, por ejemplo, si en el cuaderno privado protocolizado se dice de una forma terminante que la partición ha sido realizada por el contador y los herederos, o por el contador en unión de los herederos, por mucho que luego en la escritura de protocolización se diga que aquella intervención de los herederos fue «simple aprobación» de lo realizado exclusivamente por el contador, no cabrá otra solución que la de calificar la partición como conjunta, pues por encima de los términos de alguna cláusula, está lo que resulta claramente de la totalidad del documento. Y lo mismo hay que decir del caso en que de los antecedentes o exposición de la escritura de partición resulte que ciertas operaciones han sido realizadas por el contador y herederos en forma conjunta, pues esto no puede ser olvidado y eliminado pensando sólo en las cláusulas finales que digan otra cosa.

Posición de la Dirección General sobre este elemento de caracterización de la partición conjunta.—Numerosas resoluciones que contemplan casos de partición conjunta distinguen éstas de la partición exclu-

siva de contador atendiendo precisamente al elemento que estudiamos. La resolución de 9 de septiembre de 1895 advierte que para que pueda hablarse de partición de contador del artículo 1.057 es necesario que «el comisario *ejecute por sí solo la partición*». En términos similares se pronuncia la resolución de 12 de noviembre de 1895: «que sea el contador y no él y otras personas quienes *realicen* el encargo del testador». En la resolución de 25 de mayo de 1906 se insiste en que el contador debe realizar por sí exclusivamente el encargo que el testador le confió. En la resolución de 9 de enero de 1918 se lee que los contadores partidores «lejos de interpretar *por sí... han otorgado en unión* de alguno de los interesados en la herencia una escritura de partición». La resolución de 27 de febrero de 1922 excluye la aplicación del artículo 1.057, según vimos, porque el contador-partidor «*no realizó por sí mismo*» las operaciones. La resolución de 15 de julio de 1943 deduce la existencia de partición conjunta por ciertas bases del cuaderno protocolizado, prescindiendo de otras declaraciones que se hacían sobre actuación exclusiva del contador o sobre «beneplácito» de los herederos (a pesar de que el Notario en el recurso decía que el beneplácito se da por obras ajenas, como argumento en pro de que la obra de partición había sido ajena a los herederos, y que no había sido conjunta); esta resolución es buen exponente de la necesidad de atender a la interpretación sistemática del documento y no a los términos empleados en alguna cláusula. Conocemos también la resolución de 6 de abril de 1962, que basa su decisión en que el contador partididor «*no realizó por sí mismo ninguna operación testamentaria*» (o sea, particional), sino por los herederos «*en unión*» del contador.

Las resoluciones de 7 de marzo de 1914, 6 de marzo de 1930 y 26 de marzo de 1952, que contemplan el supuesto distinto de partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos, no contrarían a las anteriores, sino que las confirman, pues insisten en la realización exclusiva de las operaciones particionales por el contador para que pueda aplicarse el artículo 1.057, de donde se desprende que la realización conjunta de la partición por contador y herederos (que no fue el supuesto de esas resoluciones) impide la aplicación de ese artículo. Precisamente estas resoluciones confirman la idea que hemos señalado de que la «aprobación de los herederos», aunque se produzca en la misma escritura de partición del contador, no significa «realización de la partición» (salvo el problema del exceso de facultades, que no fue objeto de examen por tales resoluciones, por no ser ése el supuesto planteado).

2.º BASTA QUE REALICEN CONJUNTAMENTE LA PARTICIÓN
EL CONTADOR Y ALGUNOS DE LOS HEREDEROS,
AUNQUE NO INTERVENGAN TODOS

Antes hemos aludido a la necesidad de que el contador actúe por sí solo para que la partición sea de las contempladas en el artículo 1.057 del Código civil. Pues bien, ese requisito se pierde tanto si el contador realiza la partición con todos los herederos como si sólo intervienen algunos. Incluso si la intervención es de algunos herederos hay más base para excluir la aplicación del artículo 1.057, pues en tal caso hay mayor posibilidad de influencia sobre el contador, en perjuicio de los que no han intervenido, y queda más en entredicho la actuación imparcial y dirimente del contador.

La única diferencia entre la intervención de todos o algunos de los herederos es que en este último caso la partición conjunta ha de calificarse de defectuosa por faltar ese requisito anteriormente examinado de la unanimidad en la partición conjunta. Pero esto no quita para calificar ambos supuestos como de partición conjunta, con las demás consecuencias antes vistas, sin perjuicio de cumplir además el requisito de la unanimidad de los herederos en el supuesto de actuación de algunos en unión del comisario, ratificando los demás herederos la partición conjunta.

La Dirección General confirma estas apreciaciones en aquellas resoluciones que contemplan casos de partición realizada por el contador en unión de algunos de los herederos, pues exigen el requisito de la unanimidad, exigencia ésta que es consecuencia de haber excluido la idea de partición exclusiva de comisario, considerando el supuesto como de partición conjunta, aunque defectuosa hasta que se cumpla tal requisito.

Así las resoluciones de 9 de enero de 1918, 27 de febrero de 1922 y, en cierto modo, la de 15 de julio de 1943.

Pero si en el caso en cuestión se planteara además del requisito de la unanimidad otro problema de los anteriormente expuestos, como la aprobación judicial en caso de existir menores no representados por los padres, no sólo habría que subsanar la falta de unanimidad de los herederos, sino también el defecto de no haberse aprobado judicialmente la partición.

En cambio, LACRUZ no parece dar importancia a la concurrencia de algunos herederos a la partición del comisario, pues se limita a indicar lo siguiente: «La concurrencia de algunos herederos a la partición del comisario sólo podría valer como renuncia a impugnarla» (39). Nos-

(39) LACRUZ, *ob. cit.* en nota 3, pág. 241.

otros insistimos en lo dicho: si la concurrencia de esos herederos se concreta en la realización de operaciones particionales junto con el contador, da lugar a una forma de partición conjunta, por lo que, en tal caso, no implica sólo una renuncia a impugnar la partición, sino que produce la transformación de la partición de comisario en partición conjunta, con todas sus consecuencias; y si esa concurrencia de algunos herederos no supone realización de operaciones particionales, sino simple aprobación de la partición ya realizada por el comisario dentro de sus facultades, entonces sí puede decirse que sólo implica renuncia a impugnar esa partición, si bien matizando que sólo puede significar renuncia a impugnarla por causas derivadas de la actuación del comisario o por otra causa conocida en aquel momento, no una renuncia a todo evento, como tendremos ocasión de indicar más adelante.

3.º BASTA QUE LA REALIZACIÓN CONJUNTA SE REFIERA A ALGUNA OPERACIÓN PARTICIONAL, AUNQUE EL CONTADOR HAYA REALIZADO POR SÍ SOLO LAS RESTANTES

La actuación exclusiva del contador no sólo desaparece cuando los herederos realizan con él *todas* las operaciones, sino también cuando sólo realizan *alguna* de ellas. La razón de esto es que tales operaciones particionales no constituyen actos jurídicos aislados e independientes unos de otros, sino que integran todas ellas el acto complejo y unitario de la partición, que es el acto jurídico en sentido estricto, que no puede ser desglosado y fragmentado en la realidad jurídica. En este sentido, las operaciones particionales no son actos jurídicos sino medios o elementos que, todos juntos, dan lugar al acto jurídico de la partición. En consecuencia, si los herederos han realizado con el comisario alguna de las operaciones, no se puede decir que la partición ha sido conjunta en parte y exclusiva del contador en cuanto al resto de las operaciones, sino que habrá que concluir que ha sido realizado conjuntamente por contador y herederos, sin que importe, salvo la excepción que ahora expondremos, el grado de intervención de estos últimos.

Sabido es que las operaciones particionales típicas son: inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación. Pero, además, hay que incluir a estos efectos la colación, que se estudia como una operación íntimamente relacionada con la partición. Por tanto, si los herederos influyen decisivamente en la realización de una de esas operaciones, incluida la colación, hay que entender que han dejado su huella en el resultado final de la partición. No sólo por la razón técnica que aca-

bamos de indicar, sino también por la importancia de cada una de las operaciones en relación con el resultado de la partición.

Sin embargo, decíamos que se da una excepción, y es la intervención de los herederos en el inventario a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil. Este precepto exige la citación de los herederos (y acreedores y legatarios) para el inventario como requisito de la partición de contador en caso de existir menores o sujetos a tutela, sin que por ello se desnaturalice la partición exclusiva de contador. Pero esto es así por dos razones que no cabe ampliar a las demás operaciones particionales:

1.ª Es una excepción que resulta de la propia regulación de la partición exclusiva de contador. Luego, quiérase o no, hay que aceptar este supuesto de intervención de los herederos en la partición del comisario, que no da lugar a la desnaturalización de la partición exclusiva de éste.

2.ª Además, es una excepción que puede ser explicada del modo siguiente: en principio, no se trata de que los herederos intervengan en el inventario y decidan los bienes que han de constituirlo, pues se trata de una simple citación al mismo. Por tanto, puede suceder que no comparezcan a pesar de haber sido citados. Y si comparecen, pueden presenciarlo y enterarse del mismo e incluso formular algunas observaciones; pero la decisión final corresponde al contador, que puede no tener en cuenta dichas observaciones, sin perjuicio de ulteriores impugnaciones.

En definitiva, esa citación de los herederos al inventario es excepcional y puede ser explicada perfectamente sin necesidad de pensar en la realización conjunta del mismo por el contador y los herederos. Por ello, no es propiamente una excepción de la regla que hemos dado, y, aun en el supuesto de que lo fuera, ya hemos razonado que no cabe utilizarlo como argumento en contra de nuestra tesis de que la realización por los herederos de sólo algunas de las operaciones particionales junto con el contador desnaturaliza la partición exclusiva de ésta y la transforma en partición conjunta.

Para confirmar esa regla nos referiremos a dos resoluciones ya citadas: la de 27 de febrero de 1922 y la de 15 de julio de 1943.

En la resolución de 27 de febrero de 1922 (Registro de Berja) los herederos habían formalizado en unión del comisario las operaciones de avalúo, cuenta, partición y adjudicación; en cambio, constaba que la operación de inventario había sido realizada exclusivamente por el contador. Pues bien, esta actuación exclusiva del comisario en una de las operaciones no impide que la resolución califique la partición como conjunta, aunque la conjunción de actuaciones no se había producido íntegramente respecto a todas las operaciones.

Más clara a estos efectos es la resolución de 15 de julio de 1943 (Registro de Santa Fe), si bien hay que tener en cuenta lo que con reiteración hemos dicho, a saber, que sólo contempla la viabilidad de la partición conjunta de modo hipotético o subsidiario. En el caso de dicha resolución, los herederos no decían que habían realizado las operaciones junto con el contador, sino que se limitaron a hacer algunas declaraciones a propósito de la colación y de una adjudicación para pago de deuda, aparte de otras declaraciones de obra nueva sobre unos solares de la herencia, y aunque no participaron en *todas* las operaciones, la resolución, después de rechazar la figura de la partición conjunta, añade que «siempre queda en pie la afirmación de que algunos herederos y no todos han tomado acuerdos que el comisario convalida, más como parte contratante que como autoridad dirimente». Ya hemos explicado este inciso, que nuevamente viene a cuento aquí, a propósito de la regla que estamos analizando.

En cambio, la resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena) no tiene en cuenta la intervención conjunta de contador y herederos en la última operación de la partición, derivada de unas adjudicaciones *in totum revolutum*. Pero esta resolución merece crítica desfavorable en ese aspecto, pues no tiene en cuenta los argumentos que antes hemos señalado. De ella nos ocuparemos más adelante al tratar del problema de las adjudicaciones *in totum revolutum* en relación con la figura de la partición conjunta.

VIII. CONFRONTACION DE ESTOS ELEMENTOS DE CARACTERIZACION DE LA PARTICION CONJUNTA EN SUPUESTOS ESPECIALES

Existen algunos supuestos en que cabe discutir si se puede hablar o no de partición conjunta, o más bien de partición exclusiva de contador con posible intervención de los herederos a otros efectos, sin desnaturalizar la partición de contador. El examen de estos supuestos a la luz de los elementos antes apuntados decidirá la cuestión en el sentido de que la partición es conjunta.

Dichos supuestos, discutibles a primera vista, son:

- 1.º Partición de contador con intervención de los herederos para subsanar la preterición padecida en el testamento.
- 2.º Partición de dos herencias por el contador de una de ellas y los herederos de la otra, con adjudicaciones *in totum revolutum*.
- 3.º Partición de herencias por el contador y simultánea donación del

viudo a los herederos, con adjudicaciones por los títulos de donación y herencia *in totum revolutum*.

Examinaremos con separación estos tres supuestos.

A) PARTICIÓN DE CONTADOR CON INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS PARA SUBSANAR LA PRETERICIÓN PADECIDA EN EL TESTAMENTO

Varias resoluciones de la Dirección General han admitido la posibilidad de que la preterición en el testamento se subsane por la conformidad de todos los interesados en la correspondiente escritura de partición. Así, las resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959. En cambio, la resolución de 24 de enero de 1941 no admite esa forma de subsanación, pero es por las especiales circunstancias en que se produjo la escritura de partición, por lo cual no supone una ruptura de aquella línea jurisprudencial (40).

Nosotros, partiendo de esa posibilidad de subsanación de la preterición por la conformidad de todos los interesados, nos vamos a plantear la relación de ese problema con el supuesto de partición conjunta, a base de estudiar el caso de testamento en el que se nombra contador para realizar la partición y en el que se produce, además, preterición en el nombramiento de los herederos. Para solucionar este caso en la esfera extrajudicial (notarial y registral), ¿hay que acudir necesariamente a la figura de la partición conjunta de contador y herederos?, ¿o se puede articular la solución con la forma de partición exclusiva de todos los interesados prescindiendo del contador? ¿O bien, puede articularse el supuesto bajo la forma de partición exclusiva de contador con intervención de los herederos a efectos distintos de la realización de operaciones particionales?

Para poder contestar a estas preguntas, vamos a distinguir tres soluciones:

1.^a *Teoría de la posibilidad de partición exclusiva de herederos.*—Según esta teoría, para solucionar ese supuesto de preterición en el testamento, todos los interesados, es decir, los herederos preteridos y los here-

(40) En el caso, el Consejo de Familia se avino a mantener la eficacia parcial de la institución hereditaria y asignar a la viuda privada de la patria potestad por ulteriores nupcias, no sólo el usufructo del tercio de mejora, sino además el pleno dominio del tercio de libre disposición, «procedimiento—dice la Resolución—que no sería lícito en el supuesto de reconocer la nulidad de la institución hereditaria, porque en tal caso este tercio correspondería al único hijo del causante» (el menor). En cambio, en las otras resoluciones «los interesados formalizaron las operaciones divisorias partiendo del acuerdo de reputar nula la institución de herederos y reconocieron a los descendientes el mismo derecho que si se hubiese abierto la sucesión intestada, antecedentes de notoria trascendencia jurídica y moral que no se dan en el presente recurso».

deros llamados, pueden convalidar la situación si formalizan la partición de mutuo acuerdo, prescindiendo del testamento y, por tanto, también del contador. De modo que, según esta idea, no hay necesidad de acudir a la fórmula de la partición conjunta de contador y herederos para solucionar el problema, sino que basta acudir a la partición exclusiva de los interesados prescindiendo del contador.

Es de suponer que aquellos autores que mantienen que los herederos pueden prescindir, de común acuerdo, del contador, aplicarán esta misma solución al caso específico que ahora estudiamos. Pero vamos a fijarnos especialmente en ALBALADEJO, pues este autor contempla de modo concreto el supuesto de preterición, y no sólo llega a ese resultado de que basta la partición exclusiva de los herederos (si bien, con las matizaciones antes apuntadas), sino que señala dicho supuesto como un argumento para defender la misma solución en otros casos distintos. Es decir, para ALBALADEJO los herederos, en caso de preterición del testamento, pueden prescindir del contador. Veamos sus propias palabras. Dicho autor destaca como argumento en pro de la exclusión de los albaceas por los herederos de mutuo acuerdo, «la jurisprudencia que admite que la invalidez del testamento pueda convalidarse por aceptación de aquél por los interesados», «ya que ello es tanto como permitir que la regulación de tal sucesión se rija por lo acordado por éstos», «y si se admite la ejecución de algo que no es lo dispuesto en el testamento» «mayor razón para permitir que por los interesados, y no por el albacea, se ejecute lo dispuesto» (41).

Nosotros no estamos de acuerdo con esta postura de ALBALADEJO. En primer lugar hay que tener en cuenta todo lo que antes dijimos al tratar del problema de si los herederos pueden prescindir del contador, pues allí llegamos a la conclusión de que en la legislación vigente esto no es admisible, y mucho menos a efectos notariales y registrales. A ello hay que añadir ahora, en relación con el caso de preterición, que ésta no da lugar a la nulidad total del testamento, sino sólo de la cláusula de institución de heredero; por tanto, quedan en pie las restantes cláusulas, es decir, las relativas a legados y otras disposiciones, y entre ellas, por qué no, la cláusula de nombramiento de contador. Además, se trata de subsanar o convalidar un aspecto del testamento en la esfera extrajudicial, por lo que, al no producirse declaración judicial de nulidad, lo más adecuado es contar con todos los posibles interesados, entre ellos el contador-partidor, cuyo nombramiento resulta del testamento. Por otro lado, si el contador es además albacea, no puede olvidarse que éste es el órgano oficial de interpretación y defensa del testamento, por lo que mal podrán

(41) ALBALADEJO, *ob. cit.* en nota 20, pág. 31, y nota 15 a pie de página.

los herederos por sí solos hacer deducciones acerca de la existencia de preterición sin contar con el albacea. En fin, la jurisprudencia no se ocupa del problema de si los herederos pueden prescindir del contador en el supuesto de preterición, por lo que mal puede fundarse ALBALADEJO en la misma. Respecto a la jurisprudencia registral señalada al principio, debe tenerse en cuenta que muchos se ocupan de supuestos en que no existía contador (así, las resoluciones de 20 de mayo de 1898, 31 de enero de 1913 y 10 de mayo de 1950). Y las resoluciones que se refieren al contador, como son las de 30 de junio de 1910 y 14 de agosto de 1959, cuentan con él en unión de los herederos, como ahora veremos, por lo que, de deducir algún criterio de la jurisprudencia registral, más bien habría que deducir el de la necesidad de partición conjunta.

2.^a *Teoría de la posibilidad de partición exclusiva de contador con intervención de los interesados a efectos distintos de las operaciones particionales.*—Exponemos esta teoría como hipótesis de trabajo antes de dar la tercera solución, que es la que consideramos acertada.

Según esta segunda hipótesis, en el caso de existir preterición en el testamento, como el nombramiento de contador sigue en pie, él es quien debe practicar las operaciones particionales, si bien se precisa la intervención de los herederos (previa, simultánea o posteriormente) no para realizar dichas operaciones, sino simplemente para rectificar el testamento, cuya rectificación ha de servir de base a la práctica de la partición por el contador. Por ello, los herederos podrían intervenir en la escritura a efectos distintos de la realización de las operaciones particionales, siendo esta matización muy importante, para concluir que las normas aplicables a la partición realizada no deben ser las de la partición conjunta, sino las de la partición exclusiva de contador, sin perjuicio de exigirse esa presencia de los herederos en la escritura al único efecto indicado.

Esta teoría no ha sido defendida por ningún autor, pero tiene el fuerte fundamento que resulta de la distinción entre el título testamentario y el título particional, con posible intervención separada a efectos de subsanar uno u otro, y, por otro lado, no da lugar a ninguna extraña figura, si se tiene en cuenta que no hay numerosos casos de intervención conjunta de contador y herederos en la escritura de partición, que no da lugar a partición conjunta. Precisamente, luego vamos a señalar varios supuestos de partición exclusiva de contador con intervención de los herederos en la escritura a otros efectos.

Sin embargo, esta posición no llega a ser convincente, por las razones que exponemos a continuación al tratar de la tercera vía de solución.

3.^a *Teoría de la partición conjunta de contador y herederos.*—En nuestra opinión, si en el testamento se ha nombrado contador-partidor, la existencia de preterición y la convalidación de la misma no excluyen la in-

tervención de aquél, sino todo lo contrario, la solución del problema se encuentra precisamente en la partición conjunta de contador y herederos, con las consecuencias prácticas inherentes a dicha clase de partición.

Nos basamos en los siguientes argumentos:

a) El contador-partidor recibe su encargo del testador, es un mandatario *sui generis* de éste (42). De aquí se desprende que ha de atenerse al testamento, de modo que si realiza las operaciones particionales por sí solo, partiendo de supuestos distintos de los previstos en el testamento, está excediéndose de su cometido. Es decir, en todo aquello en que se exceda no puede pensarse que actúa como mandatario del testador. Si los herederos (los preteridos y los nombrados en el testamento) deciden de común acuerdo rectificar el testamento haciendo la correspondiente subsanación de la institución de herederos y el contador realiza la partición ateniéndose a esa situación rectificada, hay base para entender que en lo que no se haya adaptado a los términos del testamento no es un mandatario del testador, por lo que no tiene facultades para ello. Y si se entiende que la intervención de todos los interesados implica una aprobación de lo realizado por el contador, se llega por este camino a una de las formas de partición conjunta. Ya hemos razonado antes que la aprobación de los herederos cuando el contador se excede de sus facultades implica una ratificación en sentido estricto, un dar por realizado lo que el contador no puede realizar por sí mismo.

b) Pero es que, además, hay que tener en cuenta que se trata de un supuesto excepcional cuya solución ha sido ideada por la jurisprudencia registral para dar salida a una situación irregular sin necesidad de recurrir a la vía judicial o a la declaración de herederos *ab intestato*. En tales condiciones, y dada esa forma excepcional de subsanación que se permite por la Dirección, lo lógico es, a efectos notariales y registrales, no hacer equilibrios y buscar excesivos matices diciendo que la intervención de los herederos es para concretar el llamamiento sucesorio y no para intervenir en la partición. Esto es peligroso, pues la Dirección funda la admisión de esta subsanación en que si consienten la partición todos los interesados (resolución de 20 de mayo de 1950), nadie la impugnará. Por ello, parece que ha de evitarse cualquier tipo de impugnación, y para ello lo más seguro es interpretar que la intervención de los herederos ha de producirse no sólo en la rectificación del testamento, sino en la realiza-

(42) De las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del albaceazgo consideramos la más correcta la del Tribunal Supremo, que entiende que es un mandatario del testador, si bien *sui generis*, pues el mandante ha fallecido. En cambio, no consideramos acertado decir que es un representante de los herederos. En cuanto a la idea de «cargo» nos parece algo insípido que no nos dice nada sobre los problemas prácticos que pueden plantearse.

ción de la partición, junto con el contador, ya que ésta toma como base no el testamento, sino la rectificación del mismo.

En todo caso, si hemos de atender a la jurisprudencia registral, que es la que patrocina esta forma de subsanación de la preterición, ha de advertirse lo siguiente:

— Que la resolución de 30 de junio de 1910 (caso del Registro de Mediodía de Madrid) considera como título de propiedad de los herederos preteridos la propia escritura de adjudicación, de donde se desprende que ellos deben intervenir en esa adjudicación que les sirve de título y que no resulta del testamento.

— Que la resolución de 14 de agosto de 1959 (caso del Registro de Torrente) exige que la partición, en tal supuesto, no la otorgue sólo el contador, sino que la deben consentir de modo expreso todos los interesados. De modo que la resolución piensa sólo en el supuesto de realización conjunta de la partición, por la vía de consentimiento expreso a las operaciones particionales.

En conclusión, nosotros consideramos como fórmula más apropiada y segura la de la partición conjunta de contador y herederos en este excepcional supuesto de subsanación de la preterición, si bien dejamos la puerta abierta para una discusión respecto a la segunda teoría expuesta. Por otro lado, *de iure condendo* no descartamos tampoco la primera teoría de ALBALADEJO, pero sí dentro de la legislación vigente.

Consecuencias de configurar el supuesto como de partición conjunta.
Son las siguientes:

1.^a Con la partición conjunta de contador y herederos nombrados y preteridos se hace innecesario el trámite de la declaración de herederos, pues están conformes todos los interesados. La declaración de herederos se inicia por persona legitimada, y si todos los interesados están conformes en hacer la partición en un determinado sentido sobre la base de la correspondiente rectificación del testamento, y el Registrador de la Propiedad, apoyándose en la Dirección, admite la inscripción sin tal declaración de herederos, nadie tendrá interés en obtener la misma.

2.^a Como contrapartida de la simplificación de trámites que supone la consecuencia anterior, hay que formalizar la partición teniendo en cuenta todos los requisitos que antes hemos apuntado respecto a la partición conjunta. Así, por ejemplo, si existen menores no representados por los padres, será necesaria la aprobación judicial de la partición.

3.^a Con la figura de partición conjunta de contador y todos los interesados se evita la impugnación de la partición por preterición del testamento. En cambio, si la partición la hubiera otorgado exclusivamente el

contador, una de dos: o la habría hecho ateniéndose al testamento, y entonces sería nula por basarse en un testamento viciado por preterición; o la habría hecho ateniéndose a los llamamientos que resultan del Código en caso de existir preterición; pero entonces no sería inscribible si no la ratifican y consienten todos los interesados, convirtiéndola de ese modo en partición conjunta. Y si la hubieran otorgado exclusivamente los herederos nombrados y los preteridos, prescindiendo del comisario, se produce una infracción del artículo 1.058 del Código civil en un supuesto en que con mayor razón hay que contar con el comisario nombrado por el testador, pues se trata de excluir la distribución hecha en el testamento.

**B) PARTICIÓN SIMULTÁNEA DE DOS HERENCIAS POR EL CONTADOR
DE UNA DE ELLAS Y POR LOS HEREDEROS DE AMBAS
CON ADJUDICACIONES «IN TOTUM REVOLUTUM»**

En principio, el mero hecho de partirse dos herencias simultáneamente, es decir, en el mismo documento, no tiene por qué dar lugar a la figura de la partición conjunta de contador y herederos. Así, en el caso de que los herederos sean distintos en una y otra herencia, si intervienen en la escritura los herederos de uno de los causantes y el contador nombrado por el otro testador, se trata de una partición simultánea de dos herencias por los herederos de una y el contador de la otra, pero no es partición conjunta de contador y herederos en el sentido que venimos estudiando, pues respecto a la herencia en que actúa el contador no actúan ni intervienen los herederos de la misma, ya que son completamente distintos de los herederos de la otra herencia.

Claro que lo normal es que si se parten dos herencias simultáneamente los herederos de una y otra herencia sean en todo o en parte comunes. Así, la partición de las herencias de los *padres* habiéndose nombrado contador para una de ellas y no para la otra. Pero aun en este supuesto, la partición de la herencia respecto a la que existe contador no tiene por qué ser conjunta necesariamente, aunque en la misma escritura intervengan los herederos para partir la otra herencia. Si en el documento se separan bien las intervenciones de contador y herederos en cada herencia, queda excluida la realización conjunta de la partición, pues queda claro que el contador actúa por sí solo a efectos de la partición de la herencia para la que fue nombrado, y los herederos sólo actúan a efectos de la partición de la herencia para la que no existe nombramiento de contador. En este sentido, ha de aceptarse la resolución de 26 de marzo de 1952 (caso del Registro de Marchena), que no calificó la partición de herencia respecto a la que nombró contador como conjunta de contador y herederos, porque

«en la comparecencia y estipulaciones de la escritura se trató de determinar, con la posible precisión, la actuación de cada uno de los otorgantes, referida a los actos en que intervinieron».

Sin embargo, no puede ser aceptada la salvedad que hace la resolución a continuación: «aunque la adjudicación de los bienes (de las dos herencias) se hizo conjuntamente». Esto no lo admitimos y es lo que viene a cuento a propósito de esta modalidad de partición conjunta de contador y herederos que nos proponemos estudiar. Y es que, aunque en la partición simultánea de dos herencias se hayan separado de modo formal y expreso las «intervenciones» de contador (para una de las herencias) y de los herederos (para *realizar* la partición de la otra, no de las dos), si luego las adjudicaciones se hacen conjuntamente, mezclando los bienes de las dos herencias en el momento crucial de la partición, esa delimitación formal que consta en el documento queda desvirtuada por la actuación conjunta de contador y herederos que resulta del propio documento. Nos referimos, pues, al caso de adjudicaciones de dos herencias *in totum revolutum*, es decir, adjudicaciones que se hacen sin precisar los títulos hereditarios en relación con los bienes, en el supuesto de que exista contador para una de las herencias e intervención de los herederos respecto a la otra.

Estamos de acuerdo en ese punto con la postura del Registrador en el caso de dicha resolución. Antes expusimos uno de los argumentos del funcionario calificador y lo rechazamos porque vulneraba la norma de interpretación intrínseca del documento; pero también decíamos que señalaba un segundo argumento plenamente convincente, y reservábamos su exposición para este epígrafe. El Registrador alega en el informe, en pro de que la partición fue conjunta de contador y herederos (incluso en relación con la partición que se decía efectuada exclusivamente por el contador) que, a pesar del afán formalista de querer contradecir la realidad de lo otorgado, «en la formación de haberes y adjudicación se confunden y unifican ambas herencias, siendo, por tanto, una partición de tipo contractual». Ya hemos visto que la resolución no da importancia a esa adjudicación *in totum revolutum* de bienes de ambas herencias, añadiendo que «no importa, a estos efectos, que las adjudicaciones de bienes se hicieran conjuntamente» y centrándose exclusivamente en la separación de actuaciones que se precisaba en la escritura.

Antes de entrar en nuestros argumentos, conviene señalar que estamos partiendo de que, por las especiales circunstancias del caso, sea admisible ese tipo de adjudicaciones *in totum revolutum*. Es sabido que hay que procurar huir de la indeterminación de títulos hereditarios o de

«amasijos», pues, como entiende acertadamente MARTÍNEZ SANTONJA (42 bis), puede producirse en el futuro una regulación diferente de los bienes adquiridos por uno u otro título hereditario, a propósito de reservas, reversiones, sustituciones, etc., y si no se han especificado los bienes o cuotas indivisas de los mismos que se adquirieron por uno u otro título se producirán problemas a la hora de aplicar aquella regulación específica. Sin embargo, también es verdad que hay casos en que la adjudicación *in totum revolutum* es inofensiva, debido a que no hay posibilidad de aplicar normativa diferente para una y otra adquisición hereditaria. Nos referimos precisamente a los casos de partición de herencia paterna y materna en que no se vislumbren reservas, reversiones o sustituciones, ni otro tipo de instituciones específicas. Pues bien, estos casos de adjudicaciones *in totum revolutum* inofensivas son los que nos planteamos en relación con nuestro estudio de la partición conjunta, pues los demás casos darán lugar a una calificación registral negativa por defecto en la forma de las adjudicaciones. Claro que aun así podría interesar la relación de ese problema con la figura de la partición conjunta, si se piensa que la «adjudicación *in totum revolutum*» puede aclararse o subsanarse precisando en documento complementario las cuotas indivisas que corresponden a uno y otro título hereditario.

Nosotros creemos que los amasijos en las adjudicaciones, en el supuesto que estudiamos, determinan la existencia de partición conjunta de contador y herederos (a pesar de la separación formal de las intervenciones) si con motivo de ellas se ha producido, en alguna medida, trasvase de bienes de una a otra herencia.

Por un lado, no olvidemos que hay que estar a la interpretación sistemática del documento, que impide conceder valor a las declaraciones formales si en el mismo documento quedan claramente desvirtuadas.

Por otro lado, no comprendemos esa despreocupación de la resolución por esa actuación conjunta de contador y herederos en el momento decisivo y final de las adjudicaciones, sobre todo teniendo en cuenta lo que antes hemos dicho, apoyándonos en otras resoluciones de la Dirección, que basta la realización conjunta de algunas operaciones particionales por el contador y los herederos para que la partición deba ser calificada, en bloque, como conjunta. Y la operación de adjudicación es tan importante o más que las anteriores. Y si la adjudicación se basa en la mezcla de bienes y de títulos de las dos herencias, no cabe pensar que es

(42 bis) En su conferencia «Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción». Publicaciones del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, «Curso de Conferencias 1950», págs. 117 y ss.

el contador el único que realiza la operación de adjudicación de la herencia para la que fue nombrado, sino que intervienen también los herederos que lo son de ambas herencias, pues si se entendiera que el contador actúa solo se habría excedido de sus facultades, ya que realiza un trasvase, cambio, permuta o mezcla de los bienes de la otra herencia. Precisamente, este exceso de actuación en la operación final de adjudicación debe considerarse subsanado por la intervención de los herederos comunes a ambas herencias. Pero esa subsanación está indicando que el contador no ha actuado solo. Téngase en cuenta lo que hemos dicho al estudiar el criterio de caracterización de la partición como conjunta: que basta la realización conjunta de contador y herederos en alguna de las operaciones y que la realización conjunta puede producirse cuando los herederos aprueban o asumen lo que realizó el contador excediéndose de sus atribuciones.

Consecuencia de calificar este supuesto especial de partición simultánea de dos herencias como partición conjunta es que hay que aplicar los preceptos de la partición exclusiva de herederos (a la que se aproxima la partición conjunta, según dijimos al tratar de la naturaleza jurídica) no sólo a la partición de la herencia que, según la escritura, consta expresamente que han realizado los herederos, sino también a la partición de la herencia respecto a la que se dice actúa por sí solo el contador. Por ejemplo, si los herederos no coinciden totalmente, sino que en parte son comunes y en parte no (conurrencia de llamamientos de hijos de anterior matrimonio y del último matrimonio), será necesaria la intervención de todos los interesados para ratificar la partición realizada por el contador y algunos de los herederos. También pueden comprobarse consecuencias a propósito del requisito de la aprobación judicial y de otros aspectos que antes apuntamos.

C) PARTICIÓN DE HERENCIA POR EL CONTADOR FORMALIZADA
SIMULTÁNEAMENTE CON DONACIÓN DEL VIUDO A HIJOS
COMUNES, PRODUCIÉNDOSE ADJUDICACIONES «IN TOTUM
REVOLUTUM» POR LOS TÍTULOS DE DONACIÓN Y HERENCIA

A diferencia del supuesto anterior, en que hemos visto que los amasijos en las adjudicaciones pueden ser, en ciertos supuestos, inofensivos, en este otro caso que ahora planteamos la adjudicación *in totum revolutum* es siempre denunciable y el Registrador debe controlar su acceso al Registro, impidiéndolo. Citamos otra vez a MARTÍNEZ SANTONJA, que ad-

vierte la distinta regulación ulterior de los bienes donados respecto a los heredados, en materia de revocación, colación, reversión del artículo 812, y aquí sí que no caben distingos, pues siempre es previsible esa distinta regulación. Además, la resolución de 6 de febrero de 1958 (caso del Registro de Daimiel) señala que no es inscribible la escritura de partición de bienes en la que, por donar la viuda a sus hijos la parte que por liquidación de la sociedad conyugal pudiera corresponderle, se distribuyeron los bienes formando un solo cuerpo con los de ambos padres, involucrando los de una y otra procedencia. La resolución denuncia esta mezcla de títulos, aun siendo los dos gratuitos, porque «es indudable que ello puede dar lugar a confusiones cuando se hagan constar en los asientos registrales las circunstancias exigidas por los artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento».

Pero aunque esta confusión de títulos no tenga acceso al Registro, conviene plantear, además, la relación de esta formalización simultánea de donación y herencia con adjudicaciones *in totum revolutum* con la partición conjunta de contador y herederos, porque podría suceder que se subsanara o aclarara la confusión padecida otorgando un documento posterior que precisara las cuotas indivisas de cada bien, que habrían de entenderse adquiridas por donación y herencia, y a pesar de ello podrían aparecer otros problemas relacionados con la configuración de esa partición como conjunta.

Ante esta posibilidad, apuntamos lo siguiente: si hubo trasvase o cambio de bienes entre el caudal de la herencia y la donación, aunque luego se precise la participación indivisa adquirida en cada bien por uno y otro título, siempre resultará que ha habido permutas en el inventario de los bienes de la herencia en relación con la donación, en mayor o menor medida, y ello implica una intervención de los hijos donatarios en la operación de adjudicación hereditaria respecto al caudal del que también son herederos, ya que, siguiendo el mismo razonamiento que en el caso anterior, ese trasvase no cabe pensar que lo haya realizado por sí solo el comisario, pues jurídicamente no tiene facultades para otorgarlo sin intervención de los herederos. Esto dará lugar a las consabidas consecuencias prácticas si existen menores o si no intervinieron en la escritura todos los herederos (supuesto de donación por el padre a algunos de los hijos comunes, no compareciendo los demás, que también son herederos).

IX. ESTUDIO DE LA PARTICION DE CONTADOR CON APROBACION DE LOS HEREDEROS Y DE LOS DISTINTOS SIGNIFICADOS DE ESTA APROBACION EN RELACION CON LA PARTICION CONJUNTA

En los epígrafes anteriores hemos estudiado los distintos aspectos de la «partición conjunta». Ahora pasamos a examinar la segunda de las figuras que nos proponíamos estudiar, según dijimos al principio de este trabajo al exponer el planteamiento de los temas.

En realidad no se trata de una sola figura jurídica, sino de una pluralidad de figuras jurídicas dentro de la fórmula documental «*partición de contador con aprobación de los herederos*», según el significado en cada caso de esa aprobación en relación con la partición realizada por el contador.

Por tanto, hay que estudiar con separación las distintas figuras posibles dentro de esta expresión documental, a saber:

a) Partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos. Es la partición de contador con aprobación de los herederos propiamente dicha como figura distinta de la partición conjunta.

b) Partición conjunta encubierta bajo la declaración formal de ser partición de contador con aprobación de los herederos.

c) Partición de contador excediéndose de sus facultades, con aprobación de los herederos. Es otra forma de partición conjunta.

d) Partición de contador incapaz o inhábil con aprobación de los herederos. En realidad es una partición exclusiva de herederos.

e) Partición de contador fuera del plazo de su actuación con aprobación de los herederos. Puede interpretarse como una partición de contador con prórroga tácita de los herederos.

X. PARTICION EXCLUSIVA DE CONTADOR CON APROBACION DE LOS HEREDEROS

En este primer supuesto, el contador realiza por sí solo y dentro de sus facultades las operaciones particionales, limitándose los herederos a aprobar la partición, sin intervenir en ella.

La aprobación en este caso es el acto jurídico realizado por todos o algunos de los herederos por el que prestan su conformidad a la partición realizada de modo exclusivo y con plena validez por el contador.

La aprobación aparece como un acto posterior, sucesivo en el tiem-

po, respecto a la partición del contador. Sin embargo, no importa que se refleje en el mismo documento de partición, pues la unidad documental no implica unidad en el tiempo, siempre que consten los dos actos, el de partición y el de aprobación, debidamente deslindados. Por ello nos parece exagerada la postura del Juez delegado en el caso de la resolución de 25 de mayo de 1906 (Registro de Villacarrillo) cuando dice que para que pudiera hablarse de partición exclusiva de comisario sería necesario que «estuviera hecha no en el fondo de la escritura sino en cuaderno independiente autorizado por el comisario». Esto supone desconocer que puede seguir siendo partición exclusiva de comisario la que conste en escritura en la que también intervengan los herederos para aprobarla. Y en relación con esto ya hemos dicho que si éstos se limitan a aprobar la partición realizada por el contador por sí solo, ésta no deja de ser exclusiva, a pesar de que la partición y la aprobación se contienen en el mismo documento. Pero también hemos dicho que la aprobación se emite en un momento posterior al de la aprobación, y ello debe resultar del documento, bien por el orden en que se reflejan dichos actos o bien de modo expreso. La resolución de 15 de julio de 1943 (Registro de Santa Fe) advierte que el beneplácito de los herederos a la partición del comisario «no desvirtúa la naturaleza unilateral y privilegiada del acto *cuando los momentos jurídicos aparezcan bien diferenciados*».

1. SIGNIFICADO DE LA APROBACIÓN DE LOS HEREDEROS EN ESTE SUPUESTO

Cuando consta en el documento, sin nada que lo desvirtúe, que el contador ha realizado por sí solo la partición y ha actuado dentro de sus facultades, la aprobación que prestan los herederos debe diferenciarse netamente de la realización de la partición. Es decir, una cosa es el acto jurídico de partición, que se concreta en la realización por el contador de todas las operaciones particionales, y otra distinta el acto jurídico de aprobación de la partición que se concreta en el beneplácito que dan todos o algunos de los herederos al acto realizado por el comisario. La aprobación de los herederos no significa «realización» de las operaciones, pues éstas las ha realizado ya el comisario íntegramente y con plena validez.

Por otro lado, la aprobación de los herederos debe diferenciarse también de la «ratificación» en sentido estricto. En sentido técnico, la ratificación se produce cuando una persona aprueba o confirma el acto jurídico que otra realizó en su nombre (art. 1.259 del Código civil) o como gestor de sus negocios sin mandato (art. 1.892 del Código civil). La «ra-

tificación» supone una aceptación de los actos del mandatario o gestor con efecto retroactivo, con el mismo efecto que si hubiesen sido «realizados» por el interesado. Por tanto, la «ratificación» del acto ajeno supone, en definitiva, una especie de «realización» del acto, de similar efecto a la actuación del que aparece como «representado» en un acto jurídico. Pero la aprobación de los herederos en el caso que estudiamos no es una «ratificación» de la partición del comisario, porque estamos suponiendo que éste actúa dentro de sus facultades, y éstas son las que le confirió el testador, del que, por ello, es una especie de mandatario, aunque *sui generis*, pero nunca un mandatario de los herederos. Por lo mismo, no cabe aplicar los efectos de los artículos 1.259 y 1.892 del Código civil a este supuesto de aprobación de los herederos, y, en consecuencia, hay que estimar que el único que «ha realizado» (desde el principio hasta el fin) operaciones particionales ha sido el contador, aunque los herederos aprueben su actuación. Confirma este criterio de que la aprobación de la partición no supone ratificación en sentido técnico la resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena), según la cual, aunque se prestó el más cumplido beneplácito a la partición del contador, «tal ratificación general puede estimarse hecha con el carácter de una *cláusula de estilo* y no modifica la naturaleza del acto particional».

Tampoco hay base para pensar que la aprobación de los herederos fomenta la presunción de que la partición ha sido realizada conjuntamente por el contador y los herederos, a pesar de los términos empleados, pues aunque en la práctica son muchos los casos en que el contador tiene en cuenta el criterio de los herederos y les pregunta, no puede presumirse algo que no resulta del documento, sobre todo a efectos hipotecarios, máxime teniendo en cuenta que una cosa es el acto preparatorio de la partición (en que se pueden aceptar opiniones con fines informativos) y otra el acto final, en que el contador decide por sí mismo y de modo definitivo la cuestión de la partición, y nada mejor para saber si el contador actuó por sí solo que atender al documento en que constan las operaciones realizadas y debidamente separadas las intervenciones de contador (que realizó la partición por sí solo) y de los herederos (que se limitaron a aprobarla).

Pero hasta ahora hemos dicho *lo que no significa* la «aprobación», pues hemos hablado de que no equivale a una «realización» de la partición, ni a una «ratificación» en sentido técnico, ni puede dar lugar a una presunción de realización e intervención en la partición.

Ahora hay que plantearse qué es *lo que significa* la «aprobación» (significado positivo).

Por de pronto, la aprobación de los herederos puede llevar consigo, de

modo implícito, la aceptación de la herencia, pues la aprobación de las operaciones es algo que «no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero» (art. 999). Además, la aprobación de la partición implica tácitamente darse por enterado el heredero del trámite de la citación del inventario, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil.

Pero estos actos que puede llevar consigo la «aprobación de la partición» no nos dan el significado *específico* de la misma, sino el significado complementario, o sea, los actos derivados de ella.

En nuestra opinión, la aprobación significa la renuncia de los herederos a impugnar la partición *solamente por causas conocidas en el momento de la aprobación*. Por tanto, si se conocen los valores de las fincas adjudicadas a cada heredero y se aprueba la partición, a pesar de las diferencias existentes, no cabe la rescisión por lesión. Pero adviértase que no se trata de una renuncia a todo evento, pues sería suponer demasiado respecto al significado de la aprobación. Sin embargo, ya hemos visto que LACRUZ interpreta la concurrencia de los herederos en la partición del comisario como «renuncia a impugnarla». Nosotros creemos que hay que matizar: la mera aprobación de la partición no puede significar renuncia en todo caso a la rescisión por lesión, ni a las acciones de nulidad absoluta, ni de anulabilidad por vicios desconocidos en el momento en que se hace la aprobación. Y llegamos a este resultado partiendo de que no cabe una renuncia a la impugnación de la partición por causas desconocidas en el momento de hacer la renuncia. Por ello, al equiparar «aprobación de la partición» a «renuncia de su impugnación», delimitamos el sentido de la «aprobación» en ese mismo aspecto referido a causas conocidas. Como dice PUIG BRUTAU, acertadamente, «lo decisivo es que se haya renunciado a algo verdaderamente conocido y no a una acción cuyo fundamento se ignore». Y cita en su apoyo la sentencia de 11 de junio de 1957 (43).

2. NATURALEZA DE LA PARTICIÓN CON APROBACIÓN DE LOS HEREDEROS

Si, como acabamos de ver, la «aprobación» no implica «realización» ni «ratificación» de la partición hecha por el comisario, sino que es algo posterior y añadido a la misma, la conclusión ha de ser que la naturaleza jurídica de la partición no se desvirtúa por el hecho de la aprobación, sino que sigue siendo partición de contador.

La Dirección General confirma esta interpretación en algunas resoluciones que contemplan supuestos de partición exclusiva de contador con aprobación de herederos, de las que ya hemos hablado a otros efectos.

(43) PUIG BRUTAU, *ob. cit.* en la nota 14, tomo V, vol. III, pág. 633.

La resolución de 7 de marzo de 1914 (caso del Registro de Rute) contempla el siguiente supuesto: se otorgó escritura de liquidación de sociedad conyugal y de partición de herencia con intervención del contador y la viuda, esta última no sólo en su propio nombre sino, además, en representación de sus hijos menores. Al parecer, en la escritura quedaron precisadas las intervenciones de cada interesado, pues el Registrador partió de que se trataba de partición de comisario y sólo señaló el defecto de existir intereses contrapuestos entre la madre y los hijos respecto a la «presencia en el inventario». Se otorgó escritura de subsanación en la que intervino también el defensor judicial, ratificando la viuda la partición realizada por el contador y aceptándola también el citado defensor judicial.

El Registrador tampoco admitió la inscripción, entendiendo que era necesaria la aprobación judicial de la partición, aparte de otro defecto sobre la forma de citación al inventario que aquí no nos interesa. En esta nueva nota parece como si el Registrador entendiese que se trataba de partición conjunta o contractual de contador y herederos, pues sólo en ésta, como asimilable a la partición de herederos, cabe exigir el requisito de la aprobación judicial, pero no si la partición fue exclusiva de contador.

La Dirección, siendo Director general don JOSÉ JORRO MIRANDA, considera inscribible la escritura, por la razón que se expone en el «Considerando» cuarto, único que ahora interesa, que dice así:

«Considerando en lo referente a la última cuestión, que la partición *efectuada* por Comisario nombrado con las facultades del artículo 1.057 del Código civil, es desde luego un acto válido y que debe producir sus consecuencias en el Registro, sin necesidad del consentimiento de los herederos ni de la aprobación judicial, en el caso de que haya interesados menores de edad o sujetos a tutela, sin que en el caso del recurso se altere esta doctrina por la circunstancia de haber intervenido en la escritura el defensor judicial de los herederos menores de edad, *pues en ella consta que la partición está hecha por el Comisario nombrado por el testador, y que dicho defensor concurre solamente para el efecto de aceptarla y declarar haber sido citado para la formación del inventario*».

Los términos de este Considerando bien claramente indican que el supuesto de hecho no fue de partición conjunta, sino de partición de contador con aceptación del defensor de los menores, a la que es aplicable el artículo 1.057 del Código civil como partición exclusiva de contador.

La resolución de 6 de marzo de 1930 (Registro de Valmaseda) es decisiva para la configuración de la partición de contador con aprobación

de los herederos. El Registrador había puesto la siguiente nota en el documento: «No admitida la inscripción... por observarse el defecto de que, existiendo herederos menores de edad, representados por su tutor, no han sido aquellas particiones aprobadas posteriormente por el Consejo de Familia...». El Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la nota entendiendo que se trataba de partición unilateral del comisario, que no precisaba de la aprobación del Consejo de Familia, señalando que el contador «la hizo por sí, como se desprendía de la escritura», sin que la conformidad que prestaron los interesados pueda cambiar la naturaleza jurídica del acto ni atribuirle carácter contractual. Y termina diciendo que la afirmación de los interesados de que «aprobaban las operaciones» no supone que se celebre un contrato con el contador, que exige una prestación de consentimiento que no hubo.

El auto presidencial influye en la Dirección, que, ante la alzada del Registrador y siendo Director general don PEDRO SABAU, confirma dicho auto, siendo de destacar los «Considerandos» tercero y cuarto:

«Considerando que en la escritura origen de este recurso, el testamento, “en su carácter de contador partididor, ha practicado *todas* las operaciones divisorias del caudal relicto y formado el inventario con intervención de la viuda, los herederos del finado y la tutora de los menores”, consignando, al final del cuaderno particional, “doy por terminadas estas operaciones divisorias, las cuales he *procurado* practicar bien y fielmente”, con todo lo cual se ha puesto de relieve que realizaba el acto, no como un perito que propone a los interesados el resultado de una serie de operaciones técnicas, sino como una persona que, en cumplimiento de la voluntad del testador, otorga un acto jurídico definitivo y firme.»

«Considerando que el hecho de que el comisario haya entregado el cuaderno particional a los interesados para obtener su conformidad, sobre el que funda su apelación el Registrador, no ha desvirtuado la naturaleza unilateral y privilegiada del acto jurídico, para colocarlo en el grupo de los contractuales; porque los comisarios, sin necesidad de resignar sus poderes distributivos, pueden inquirir la opinión de los herederos, suavizar los criterios contradictorios y armonizar las diversas pretensiones para el mejor cumplimiento de la voluntad en ellos delegada, y si bien las manifestaciones hechas por los comparecientes para elevar a escritura pública las citadas operaciones y prestarles su aprobación, pudieran haber sido redactadas en forma más correcta y precisa, que desvaneciera toda ambigüedad y pusiera de relieve la distinta actuación del comisario, cónyuge viudo y herederos, ha de resolverse, de conformidad con el auto apelado, que la partición es de las sujetas al artículo 1.057 del Código civil...»

La resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena) ya hemos indicado antes que se refiere, según interpretación de la propia Dirección, a un supuesto de partición de contador con aprobación o beneplácito de los herederos. Nosotros ya hemos dicho que, al producirse adjudicaciones *in totum revolutum*, la partición debió ser calificada como partición conjunta, por la razón de haberse realizado de modo conjunto por contador y herederos la operación fundamental de adjudicación. Pero lo que queremos destacar ahora no es esta crítica, sino que la resolución contempla y admite la figura de la partición exclusiva de contador con aprobación de los herederos como figura distinta de la partición conjunta, sin entrar otra vez a discutir si la interpretación del supuesto de hecho fue o no adecuada, pues en todo caso la resolución sirve para defender que la partición con aprobación de los herederos no deja de ser partición exclusiva de contador.

El caso de esta resolución es el siguiente: se trata de una escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición de herencias de los padres, interviniendo en relación con la herencia del padre sus dos hijas y herederas, debidamente representadas, y respecto a la herencia de la madre, el contador-partidor nombrado por la misma, el cual interpretó el testamento de ésta en el sentido de que el legado que se hacía a un nieto (menor de edad) era con la condición suspensiva de sobrevivencia a las herederas (madre y tía del mismo), por lo que el contador aplazó la adjudicación de la nuda propiedad de esas fincas hasta que se cumpliera la condición, no citando ni haciendo intervenir para nada al nieto ni a sus posibles representantes.

El Registrador no admitió la inscripción, entre otras razones, porque no había intervenido la representación legal del nieto de la testadora, a quien le había legado desde luego la nuda propiedad de ciertos bienes con condición resolutoria, no suspensiva; y esta intervención la consideraba necesaria, puesto que la partición de bienes de la testadora no era un acto exclusivo del contador-partidor, sino conjunto de éste y de las demás interesadas debidamente representadas. Además, aunque se estimara que esa partición había sido acto exclusivo del contador, en todo caso debería haberse citado para el inventario a la repetida representación legal del menor, conforme al artículo 1.057 del Código.

En el informe en defensa de la nota, el Registrador entiende que la partición fue conjunta de contador y herederos, no obstante el afán formalista de las estipulaciones de la escritura al querer contradecir con frases ambiguas y equívocas la realidad de lo otorgado.

El Notario entendió que la interpretación de la cláusula sobre el legado correspondía al contador, que es quien había practicado exclusiva-

mente la partición de la testadora, pues en la escritura se separaban las «intervenciones» respecto a cada herencia, advirtiéndose que las hijas representadas intervenían sólo en la liquidación de la sociedad conyugal y herencia del padre, y en relación con la herencia de la madre, las había practicado por sí solo el contador, prestando el representante nombrado por aquéllas sólo su beneplácito, lo que no significaba intervención ni colaboración en la partición.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla confirmó la nota calificadora por la necesidad, de carácter general, de dar mayor intervención en la partición a quienes sean interesados.

La Dirección, siendo Director general don MAXIMINO DE LA MIYAR Y DE LA MIYAR, revocó el auto apelado y, en consecuencia la nota, por lo siguiente:

«Considerando (2.º) que este defecto (el primero) se basa en que la partición de herencia de la causante fue llevada a cabo no unilateralmente por el albacea contador-partidor, sino por éste y los mandatarios de las herederas, por lo cual debe entenderse sometida a las normas que regulan la partición contractual de bienes y requiere la intervención del representante del interesado menor de edad; y en que, si se estimara practicada sólo por el contador, debió cumplirse lo ordenado en el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil en cuanto a la citación para el inventario;

»Considerando que la escritura calificada comprende: la liquidación de la sociedad conyugal de los causantes y la partición de herencia del marido, efectuadas ambas por la representación de las herederas de éste y el contador-partidor nombrado por la esposa—problema que no ha sido planteado en el recurso—; y, además, la partición de herencia de la mujer realizada sólo por su albacea contador, con lo que el documento contiene un complejo de operaciones sucesorias redactadas en forma que, aun con mayor amplitud, aparece expresamente reconocida en el artículo 1.431 del Código civil, para el supuesto de liquidación de sociedad legal de gananciales de dos o más matrimonios, y reiteradamente aceptada por la jurisprudencia de este Centro;

»Considerando que en la comparecencia y estipulaciones de la escritura se trató de determinar, con la posible precisión, la actuación de cada uno de los otorgantes, referida a los actos en que intervinieron, aunque la adjudicación de los bienes se hizo conjuntamente; y que si bien es cierto que los representantes de las herederas prestaron “su más cumplido beneplácito” a la partición y aceptaron la herencia de la madre en nombre de aquéllas, tal ratificación general puede estimarse hecha con el carácter de una cláusula de estilo y no modifica la naturaleza del acto particional,

porque del documento resulta clara e indubitada la actuación unilateral del contador;

»Considerando que la persona designada por la testadora para hacer por sí sola la partición, al utilizar sus facultades legales interpretó el testamento en la forma que estimaba más ajustada a derecho y declaró, con más o menos acierto, que el nieto fue designado legatario bajo condición suspensiva por las cláusulas sexta y séptima del testamento de su abuela, y esta actuación del contador-partidor, según la jurisprudencia, causó estado, y debe prevalecer mientras no sea planteada su impugnación directamente y debida forma ante los Tribunales de Justicia, que son los únicos competentes para declarar si se incurrió en error;

»Considerando que de lo expuesto se infiere que el menor, nieto de la causante, es legatario de cosas específicas y determinadas, que aunque no cupieren dentro del tercio de libre disposición y debieran computarse en parte en el de mejora no le atribuirían carácter de legitimario, puesto que, en este caso, no es heredero forzoso; y, en consecuencia, no resulta necesaria su citación para el inventario, ordenada en el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil, cuando entre los coherederos, a los que se asimilan también, según la jurisprudencia, los legatarios de parte alícuota, haya menores de edad o sujetos a tutela.»

Observamos que esta resolución, ante la alternativa de partición conjunta de contador y herederos o partición exclusiva de contador con simple beneplácito o aprobación de los herederos, se inclina en el caso concreto por esta última, entendiendo que en la escritura se separaron con la posible precisión la intervención de cada uno de los otorgantes, y que los herederos sólo dieron su «beneplácito», lo cual supone una mera cláusula de estilo y no modificación de la actuación unilateral del contador, que resulta clara e indubitada. Por tanto, no es admisible aplicar esta doctrina cuando no haya tal claridad en el documento particional ni esa separación de actuaciones, pues entonces, más bien podría aplicarse la doctrina de las resoluciones examinadas en epígrafes anteriores acerca de la partición conjunta. En cualquier caso, no hay contradicción entre las tres resoluciones que acabamos de estudiar (que contemplan supuestos de partición de contador con aprobación de los herederos) y las anteriores (que contemplan supuestos de partición conjunta). Lo que es diferente en ellas es el supuesto de hecho, no la doctrina de la Dirección. Por eso, quizá, la resolución de 6 de abril de 1962, ante la posible dualidad de supuestos de hecho, sólo llega a dar una regla general (pero no única) diciendo que la intervención de contador y herederos en la escritura «*si en algunos casos* no puede desvirtuar la naturaleza privilegiada y unilateral del acto,

en la mayoría opera una auténtica transformación, convirtiéndolo en un verdadero contrato particional».

En resumen, la Dirección admite que la partición de contador con aprobación de herederos es también partición de contador del artículo 1.057, y las resoluciones que la admiten no son incompatibles con otras en que la partición contemplada fue en realidad partición conjunta, no partición de contador con *simple* aprobación de los herederos.

3. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

La configuración de esta clase de partición como exclusiva de contador y no como conjunta da lugar a las consecuencias contrarias a las que señalamos al estudiar ese otro tipo de partición. Así, las siguientes:

1.^a *En la partición de contador no es necesaria la aprobación de los herederos.*—Por tanto, no se aplica aquí el requisito de la unanimidad de los herederos. Si *algunos* herederos han aprobado la partición del contador, no hay base para *exigir* la aprobación de los restantes. Esto tiene su fundamento en la separación entre los actos de partición propiamente dicha y aprobación de la partición. La partición no requiere la aprobación de los herederos; luego, puede inscribirse la partición aunque no haya sido aprobada y aunque haya sido aprobada solamente por algunos herederos. Naturalmente, en la inscripción ha de expresarse la aprobación de sólo algunos herederos, pues es la forma de que quede constancia en el asiento de que el acto particional sigue sometido a la condición suspensiva de la aceptación (no de la aprobación) de todos los herederos.

La jurisprudencia confirma esta nota. Entre otras muchas, la sentencia de 17 de abril de 1943 (44) destaca que no es necesario el consentimiento de los herederos «por ser muy reiterada la jurisprudencia interpretando y aplicando el artículo 1.057 del Código civil, en el sentido de que la partición por comisario recibe de la Ley que la autoriza su fuerza de obligar, cual si fuera hecha por el propio testador, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella, mientras no sea anulada o rescindida por otra causa apropiada, sin más salvedad que la prevista en el párrafo final del artículo 1.057», aparte de la intervención del cónyuge viudo para la liquidación de la sociedad conyugal. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de 17 de mayo de 1910, 23 de enero de 1913, 2 de noviembre y 28 de noviembre de 1959, 25 de abril de 1958, entre otras.

(44) Véase esta sentencia en *Aranzadi*, año 1943, núm. 418, pág. 244.

2.^a *En la partición de contador no interesa la capacidad de los herederos.*—Como no es necesaria la aprobación de los herederos, los vicios de capacidad en este acto de aprobación no deben repercutir en la validez e inscripción de la partición de contador. Dada la separación de esos dos actos jurídicos, cabe la inscripción de la partición aunque se suspenda la inscripción de la aprobación.

La sentencia de 28 de noviembre de 1959 confirma esta idea de que los vicios de capacidad en el acto de aprobación no repercuten en la validez de la partición del contador. Se trataba de un caso en que el marido demandó la nulidad de la partición porque la mujer la había aprobado sin contar con su licencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación del marido, partiendo de que el acto del comisario no requiere la aprobación de los herederos, pues, «dada su intrascendencia a los efectos de la validez de la partición», sería totalmente indiferente la licencia marital. Aunque esta figura ha desaparecido hoy día después de la ley de 2 de mayo de 1975 (44 bis), no obstante, el caso de esta sentencia es exponente de que los vicios en el acto de aprobación no deben repercutir en el acto de partición del comisario.

Sin embargo, la resolución de 1 de julio de 1920 (caso del Registro de Guernica) no parece favorecer la opinión que exponemos. Se trataba de escritura otorgada al fallecimiento del padre, por la que la viuda, en uso del poder testatorio conferido conforme al Derecho foral vizcaíno, donó un bien a su hijo de diez años de edad, el cual también compareció en la escritura para aceptar la donación. El Registrador denegó la inscripción porque «desde el momento que en la donación interviene el donatario aceptándola, es preciso que tenga plena capacidad jurídica para contratar». El Notario recurre sobre la base de que el menor tiene capacidad para aceptar donaciones por no tratarse de contratos. El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador. La Dirección, siendo Director general don JULIO FOURNIER, confirma la decisión apelada, por lo que se establece en los tres últimos «Considerandos»:

«Considerando que en el especificado acto doña... como un verdadero Comisario, dispone de cosa ajena; es decir, del caudal relicto por su marido, haciendo declaraciones *mortis causa*, cual representante del difunto titular; pero de ningún modo reviste el carácter de donante, ya que los bienes no han entrado, por lo que se refiere a la parte adjudicada, en su patrimonio peculiar, ni está autorizada para gozarlos en propio provecho, ni la transferencia en nombre ajeno implica merma de los bienes o facultades del llamado donante;

(44 bis) Salvo en Navarra, donde subsiste todavía la licencia marital, según su vigente Compilación.

»Considerando que por ser de naturaleza unilateral el acto en cuya virtud el Comisario manifiesta la voluntad delegada del causante no se rige por las reglas particulares de los contratos ni requiere la conformidad de otra parte concurrente, bastándole el natural complemento de la aceptación general de la herencia que puede ser anterior, simultánea o posterior al acto o a la inscripción particional, y siempre independiente de ambos, en cuanto a la forma jurídica;

»Considerando que, por las razones expuestas, la concurrencia del indicado menor, si tiene por objeto aceptar una donación, es improcedente, y si en el fondo el consentimiento que ha otorgado implica la aceptación de la herencia o la renuncia a las acciones que pudieran corresponderle para impugnar la distribución hecha por Comisario, pone en evidencia la incapacidad de un niño de diez años para realizar declaraciones de tal trascendencia y de tanta responsabilidad.»

Pero en realidad esta resolución no es obstáculo a nuestra tesis consistente en que es posible inscribir la partición aunque se suspenda la inscripción del acto jurídico en bloque, por lo que la resolución no podía resolver la cuestión en forma distinta de como se planteó el asunto. En segundo lugar, puestos a sacar alguna consecuencia de los términos de la resolución, también hay base para reducir la distinción y separación entre los actos jurídicos de partición y de aprobación de la partición, pues en el penúltimo «Considerando» dice que el acto del comisario es de naturaleza unilateral y no requiere la conformidad de la otra parte. Luego, si no requiere tal conformidad—añadimos nosotros—los vicios existentes en la prestación de la misma no repercuten en el acto unilateral. Por eso, cuando la resolución dice que se «pone en evidencia la incapacidad de un niño de diez años para realizar declaraciones de tal trascendencia y de tanta responsabilidad», nosotros creemos que ello sólo debe significar la imposibilidad de inscribir tales declaraciones, no la actuación unilateral del comisario, aunque quedara pendiente de la subsanación de ese otro acto jurídico posterior. En cualquier caso, el supuesto planteado tampoco era exactamente el de partición de contador, pues en la escritura se configuró como *donación* del comisario vizcaíno a favor del hijo, que da lugar a distintas perspectivas que las de la partición del artículo 1.057 del Código civil, por lo que queda atenuado el valor de las declaraciones de la resolución fuera del supuesto planteado.

3.^a *En la partición de contador con aprobación de los herederos no hay problema de incompatibilidad de intereses entre padre e hijo respecto al acto de partición.*—Si entre los herederos existe algún menor que actúa representado por el padre en el acto de aprobación de la partición del comisario, no hay interés contrapuesto en relación con el acto de parti-

ción, pues ésta ha sido realizada exclusivamente por el contador. A lo sumo, podría verse incompatibilidad de intereses en relación con el acto de aprobación de la partición, pero ya hemos dicho que ello no impediría la inscripción de la partición, pues sólo debería suspenderse la aprobación. Además, aunque en el acto de aprobación se viera incompatibilidad de intereses, sólo sería necesario el nombramiento de defensor judicial para ese acto jurídico, no para la realización de la partición, que está ya hecha por el contador, con la consecuencia de que no sería necesaria la aprobación judicial de la partición, ni tampoco del acto de aprobación, pues no está prevista la necesidad de una aprobación judicial del acto de aprobación de la partición.

4.^a *La autorización del Consejo de Familia en relación con el acto del tutor aprobando la partición del contador.*—Acabamos de ver que no es necesaria la aprobación judicial del acto de aprobación otorgado por el defensor judicial, pues no otorga el acto particional, sino que se limita a aprobar el acto realizado por el contador. ¿Y en relación con el acto de aprobación otorgado por el tutor en relación con la partición realizada por el contador? ¿Es necesaria la autorización del Consejo de Familia para esa aprobación?

En primer lugar hay que insistir en que la partición de contador no necesita de la autorización ni aprobación del Consejo de Familia, pues el artículo 1.057 no la exige, ni tampoco es aplicable el artículo 269 en relación con el acto de partición, ya que el tutor no la ha realizado. Por tanto, cabe perfectamente la inscripción de la partición aunque no conste la autorización del Consejo de Familia para el acto de aprobación de la partición, pues venimos diciendo que debe diferenciarse entre «partición» y «aprobación de la partición».

En segundo lugar, hay que plantearse si para el acto de aprobación es o no necesaria la autorización del Consejo de Familia, una vez que hemos resuelto que cualquiera que sea la contestación que se dé, ello no va a repercutir, de momento, en la inscripción de la partición, sino sólo en el acto ulterior de aprobación.

Nuestra opinión es que, como el acto de aprobación de la partición lleva consigo no sólo la aceptación tácita de la herencia (y, al ser tácita, sin beneficio de inventario), sino, además, una renuncia a impugnar la partición del contador en la forma anteriormente indicada, todo ello exige la autorización del Consejo de Familia respecto a ese acto de aprobación de la partición por las consecuencias que produce para el menor o incapacitado. Por tanto, no cabe inscribir el acto de aprobación de la partición realizado por el tutor, sin que conste la autorización del artículo 269, que

se exige para aceptar la herencia sin beneficio de inventario y para los actos de defensa del menor o incapaz (art. 262).

5.^a *Requisitos en caso de herederos ausentes.*—Como la partición que ahora estudiamos es exclusiva de contador, no hay que plantearse en relación con la misma ningún requisito a propósito de los ausentes. En cuanto al acto de aprobación realizado en representación del ausente, hay que aplicar las reglas generales en tales supuestos, recordando una vez más que los posibles defectos o insuficiencias en el acto de aprobación de la partición no tienen por qué repercutir en la inscripción del acto de partición.

6.^a *El requisito de la citación al inventario.*—La partición de contador con aprobación de los herederos requiere la citación al inventario de herederos, legatarios y acreedores cuando se trate de menores o incapacitados. Respecto a los herederos que han aprobado la partición hay que interpretar que esa aprobación lleva consigo el cumplimiento del requisito de la citación a los mismos, pues al aprobar la partición aprueban también la operación de inventario. Pero respecto a los herederos que no han aprobado la partición y respecto a acreedores y legatarios, es necesario cumplir el requisito de la citación al inventario, ya que es una exigencia del párrafo segundo del artículo 1.057 del Código. Obsérvese que en este punto la partición de contador con aprobación de los herederos es más rígida que la partición conjunta de contador y herederos, pues ya vimos que el citado precepto no es aplicable a esta última.

7.^a *El problema de la interpretación del testamento por el contador-partidor.*—También vimos antes que en la partición conjunta desaparecen las facultades privilegiadas del contador en orden a la interpretación del testamento. En cambio, en la partición de contador con simple aprobación de los herederos, el contador mantiene íntegramente su carácter, por lo que debe asignársele esa función interpretativa del testamento. En este sentido, se pronuncia la resolución de 26 de marzo de 1952 (caso del Registro de Marchena) antes estudiada.

XI. PARTICION QUE APARENTEMENTE ESTA REALIZADA POR CONTADOR CON APROBACION DE LOS HEREDEROS, PERO QUE ENCUBRE UNA PARTICION CONJUNTA DE CONTADOR Y HEREDEROS

Puede suceder que en el documento se diga que la partición la ha realizado exclusivamente el contador y que los herederos se limitan a aprobarla, y, sin embargo, ello represente una mera apariencia, por haber

sido otorgada en la realidad por el contador y los herederos de forma conjunta.

Ahora bien, a efectos registrales sólo interesa la partición conjunta encubierta que pueda salir a relucir por una interpretación sistemática del documento. Por tanto, el Registrador no puede presumir que la partición ha sido conjunta, aunque en el documento se haya expresado y declarado que es exclusiva del contador con simple aprobación de los herederos. Si esto es lo que consta en el documento y no existe en el mismo ningún dato en contra de esa declaración, la partición debe calificarse como partición exclusiva de contador, pues no hay base para poder presumir que la aprobación significa intervención y realización de la partición.

Nos referimos, pues, en este epígrafe sólo a la partición conjunta encubierta que se deduce de los propios términos del documento, aunque en las cláusulas finales se diga que la ha realizado exclusivamente el contador y que los herederos se limitan a aprobar el acto ajeno. Recordemos que la interpretación sistemática puede dar este resultado. En tal caso, la partición ha de ser calificada como conjunta, a pesar de los términos empleados en las cláusulas o estipulaciones. Y es que la palabra «aprobación» no debe considerarse como un milagroso talismán capaz de convertir una partición conjunta en una partición exclusiva de contador. Sólo será decisiva si no viene contradicha por el total contexto del documento sometido a la calificación registral. Cuando las resoluciones estudiadas afirman que la aprobación o beneplácito de los herederos no desnaturaliza la actuación unilateral del contador, hay que entender que se refieren a supuestos en que, según la Dirección los herederos no habían realizado ninguna operación particional. Por eso cuando se empleó la palabra «aprobación», pero del contexto del documento resultaba que los herederos habían intervenido directamente, junto con el contador, en todas o algunas de las operaciones particionales, la Dirección no duda en calificar el supuesto como de partición conjunta, a pesar de la «fórmula» utilizada. Muy significativo es el caso de la resolución de 27 de febrero de 1922 (caso del Registro de Berja), en que constaba la palabra «aprobación» en una de las estipulaciones de la escritura, a pesar de lo cual la Dirección aplicó la normativa de la partición conjunta de contador y herederos, porque de otras declaraciones contenidas en el documento resultaba que, salvo la operación de inventario, que fue realizada exclusivamente por el contador, las demás de «avalúo, cuenta, partición y adjudicación» más ciertas renunciaciones de derechos fueron realizadas por contador y herederos. Y ello aunque el Notario en el recurso insistió en el que la intervención de los herederos se debía a «un acto de cortesía o

delicadeza del contador, y no a un deber, como se demuestra con la primera estipulación de la escritura, donde se dice que los herederos *aprueban* las operaciones hechas por el contador».

En definitiva, en casos como el estudiado, la aprobación de los herederos no excluye la calificación de la partición como conjunta, con las consecuencias pertinentes que tal calificación lleva consigo.

Como supuestos de esa partición conjunta encubierta bajo la forma de «aprobación de los herederos», que se deduce del contexto mismo del documento, pueden señalarse dos:

1.º Cuando en el cuaderno privado que luego se protocoliza se dijo que la partición la habían realizado contador y herederos, y, a pesar de todo, en la escritura de protocolización se dice que el contador es el único que realizó la partición y que los herederos se limitan a aprobarla. No cabe ir contra los propios actos, por lo cual la fórmula de la «aprobación» no elimina la intervención conjunta de contador y herederos en la partición.

2.º Cuando, otorgada directamente escritura de partición, se dice en las cláusulas o estipulaciones que la partición ha sido realizada exclusivamente por el contador con la aprobación de los herederos, y, sin embargo, en los antecedentes o exposición de todas las operaciones particionales, se ve que los herederos dejan su huella en las mismas. En tal caso, la aprobación no excluye tampoco la realización de operaciones por los mismos herederos, según resulta del propio documento calificado.

XII. PARTICION DE CONTADOR EXCEDIENDOSE DE SUS FACULTADES CON APROBACION DE LOS HEREDEROS

En principio, el contador es un mandatario *sui generis* del testador (45), y por ello debe actuar dentro de las facultades conferidas (la simple facultad de hacer la partición). Precisamente por esto, si actúa dentro de sus facultades, la aprobación ulterior de los herederos hemos visto que no significa «ratificación» en sentido técnico, pues el contador actuó en representación del testador y como tal representante agotó su gestión, no quedando, entonces, ningún hueco para que opere la ratificación del artículo 1.259 ni del 1.892 del Código civil.

Pero si el contador se excede de sus facultades al realizar la partición con actos colaterales pero conexos e inseparables de las operaciones particionales (ejemplo, adjudicaciones con excesos a pagar en metálico, con-

(45) Véase lo dicho en nota 42.

mutación de usufructo del viudo) y los herederos aprueban el resultado de esas operaciones, la aprobación no es simplemente una cláusula de estilo sin trascendencia en la partición, sino que en parte es una verdadera «ratificación», en todo aquello en que el contador se hubiere excedido. Y como en estos supuestos de operaciones colaterales y conexas a las de partición no cabe separar jurídicamente lo realizado por el contador dentro de sus facultades y lo realizado con exceso, pues forma un todo indivisible, que aparece fundido en el resultado de las adjudicaciones, no puede decirse que la partición ha sido realizada exclusivamente por el comisario; por el contrario, se trata de una partición que en parte ha sido realizada por él como mandatario del testador, pero en la parte en que se excedió ha sido realizada como una especie de gestor de negocios ajenos sin mandato, cuya gestión ha sido ratificada por los herederos interesados.

La aprobación en este supuesto de exceso de facultades es una verdadera «ratificación» respecto a los actos colaterales en que se aprecia dicho exceso, y determina una intervención de los herederos en las operaciones, haciendo suyos, *a posteriori*, los actos realizados por el comisario fuera de sus atribuciones. Con esta interpretación, que tiene su base en la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato, la ratificación de los herederos convalida la actuación del contador y da lugar, en definitiva, a una partición conjunta, pues no cabe deslindar en la partición lo que el contador realizó como gestor de los herederos.

Esta interpretación de la «aprobación de los herederos» en este supuesto tiene la ventaja de evitar la declaración de nulidad de la partición de contador por exceso de facultades, pero da lugar ineludiblemente a una forma de partición conjunta, con todas las consecuencias prácticas apuntadas en otros epígrafes, pues no hay otra forma, que nosotros sepamos, de explicar el alcance de esa aprobación de los herederos, si no es desde la perspectiva de una verdadera «ratificación».

Hay que advertir que partimos del supuesto de que los actos en que se exceda el comisario vayan íntimamente enlazados a las operaciones particionales. Si el comisario en la misma escritura de partición realiza, además de las operaciones particionales, otros actos diferentes que nada tienen que ver con la partición, entonces no será aplicable lo que hemos dicho, pues la «aprobación de los herederos» puede interpretarse en tal supuesto como una verdadera ratificación del acto excesivo (que aparece separado de las operaciones particionales) y como una simple aprobación (en el sentido indicado en el epígrafe X) de lo que es estricta partición. Ejemplo: escritura de partición de contador con ulterior venta realizada por el propio contador. Si los herederos aprueban lo realizado por el con-

tador, cabe entender que ello significa que hacen una simple aprobación de la partición (no ratificación) y una verdadera ratificación de la venta. Pero entonces la aprobación de la partición, único aspecto que nos interesa, no sería, a diferencia de los supuestos antes examinados, un caso de partición conjunta.

XIII. PARTICION DE CONTADOR INCAPAZ O INHABIL CON APROBACION DE LOS HEREDEROS

Este supuesto es distinto del anterior. Acabamos de examinar el caso de actuación del contador excediéndose de sus facultades, en el cual el contador al menos actúa plenamente legitimado en todo aquello en lo que no se excede, que, aunque en el resultado final no puede separarse, permite pensar que el contador ha intervenido en la partición. En cambio, el supuesto que ahora exponemos contempla una incapacidad o inhabilidad total del contador, en cuyo caso es como si no actuara contador. Por tanto, la aprobación de los herederos no implica en este caso partición conjunta de contador y herederos, sino partición exclusiva de herederos al aprobar o ratificar lo hecho por contador incapaz, que es tanto como decir lo hecho por «no-contador» (46).

La aprobación de los herederos significa también aquí verdadera «ratificación» determinante de una intervención en la partición, pero no da lugar a la figura de la partición conjunta de contador y herederos, sino a una partición exclusiva de herederos con olvido de la figura del contador. Claro está que, según dijimos, la partición conjunta se aproxima a la partición de herederos, por lo que parece que es lo mismo calificarla de una u otra manera. Pero también dijimos que no hay identidad total de figuras, pues la partición conjunta se diferencia de la partición de herederos en tanto en cuanto en la primera cuenta el contador y en la segunda no. Aplicando estas ideas al supuesto que ahora examinamos, cabe deducir la siguiente consecuencia práctica de la calificación del mismo como caso de partición de herederos y no de partición conjunta: que, si además del contador inhábil, existe nombrado otro contador solidario que no ha intervenido, no bastará la aprobación o ratificación de los herederos, sino que será necesaria, además, la aprobación del otro contador, salvo que haya renunciado. Con esta hipótesis llegamos por otro camino a un caso de partición conjunta: el de partición de herederos (al ratificar lo hecho por contador inhábil) con aprobación del otro contador solidario hábil.

(46) Véase nota 33.

XIV. PARTICION DE CONTADOR FUERA DE PLAZO CON APROBACION DE LOS HEREDEROS

El problema que aquí se plantea es el de si la aprobación de los herederos supone en este caso la concesión de contador de una prórroga tácita o simplemente una ratificación de lo hecho inválidamente por el contador.

La solución de este dilema produce importantes consecuencias prácticas. Así:

1.^a Si se entiende que la aprobación implica concesión de prórroga tácita sería admisible la partición hecha por contador fuera de plazo con aprobación de la *mayoría* de los herederos, si la partición tuvo lugar dentro del año de prórroga que permite el artículo 906 del Código civil por mayoría de los interesados. En tal caso, no se exigiría la unanimidad de los herederos, pues se entendería que el artículo aplicable es el artículo 906 del Código civil y no el 1.058 del Código civil.

En cambio, si se estima que la aprobación sólo significa la ratificación de lo hecho por comisario cuyo cargo se extinguió por transcurso del plazo, se exigirá la unanimidad de los herederos en la aprobación, pues entonces el artículo aplicable sería el 1.058 y no el 906.

2.^a Si se interpreta que la aprobación de los herederos implica concesión de prórroga, y no ratificación, estaríamos ante una partición exclusiva de contador cuyo plazo ha de considerarse prorrogado por los herederos, con la consecuencia de que las normas aplicables serían las del artículo 1.057 del Código civil.

En cambio, si se interpreta que la aprobación de los herederos no significa prórroga de plazo, sino simplemente una ratificación de lo hecho por persona cuyo plazo de actuación caducó, entonces pasaríamos al supuesto de partición exclusiva de herederos, que al ratificar es como si ellos hubiesen realizado la partición, pues el cargo de contador como mandatario del testador se habría extinguido por transcurso del tiempo.

Para solucionar este problema caben dos soluciones:

1.^a TEORÍA: LA APROBACIÓN DE LOS HEREDEROS IMPLICA PRÓRROGA TÁCITA

Mantiene esta teoría la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones que pasamos a examinar.

La resolución de 2 de marzo de 1899 (caso del Registro de Gijón) es la primera que expone la idea de que el consentimiento que prestan los

herederos a la distribución del albacea supone la prórroga del plazo del albaceazgo. El Registrador había denegado la inscripción por varios motivos, entre ellos, «porque con arreglo a lo dispuesto en los artículos 904 y siguientes del Código civil, los albaceas carecen de personalidad para representar a los herederos, por el lapso de término señalado por la Ley para el cumplimiento de su cargo». La Dirección, siendo Director general don RAMÓN CEPEDA, revoca la nota, confirmando así la providencia del Presidente de la Audiencia Territorial de Oviedo, por lo que dijo en el último «Considerando»:

«Considerando que representados legalmente los expresados herederos por el Ministerio público, representados otros por los Estrados del Tribunal y compareciendo los demás por su propio derecho, es visto que todos ellos han sido parte en los autos de la testamentaría de los referidos cónyuges, y han consentido y por ende reconocido la personalidad del albacea, prorrogando de esta suerte, en uso del derecho que les concede el artículo 906 del Código civil, el plazo del albaceazgo por todo el tiempo que creyeron necesario para los fines de la adjudicación».

Baste decir ahora frente a esta resolución, que consideramos no sólo improcedente, sino *innecesaria*, la calificación de la aprobación o consentimiento de los herederos como prórroga del plazo del albacea, pues si habían intervenido todos los representantes de los herederos, también podía haberse dicho que, en cualquier caso, la intervención de los herederos suponía ratificación o convalidación de lo hecho por el albacea, sin entrar a calificar ese aspecto discutible de si significaba prórroga tácita.

La resolución de 23 de julio de 1910 (caso del Registro de Villacarrillo) se ocupa de un caso en que el Registrador había denegado la inscripción de una escritura de partición por varios defectos, entre ellos, «por falta de personalidad de los contadores nombrados por la testadora, porque el lapso del tiempo ha hecho ineficaz su mandato y producido la caducidad de sus funciones». La Dirección, siendo Director general don VICENTE PÉREZ, confirma la providencia del Presidente de la Audiencia Territorial de Granada, y, en consecuencia, revoca la nota del Registrador, por lo que dice en el «Considerando» segundo, único que aquí interesa:

«Considerando que no es de estimar la falta de personalidad de los Albaceas-Contadores nombrados por la causante, para efectuar la partición de que se trata, bajo el supuesto de que el lapso del plazo legal ha hecho ineficaz su mandato y producido la caducidad de sus funciones, pues si bien es cierto que los artículos 904 y 905 del Código civil establecen que el albacea a quien el testador no haya fijado plazo deberá

cumplir su encargo dentro de un año, y que si el propio testador ampliase este plazo legal sin señalar expresamente el de la prórroga, se considerará prorrogado por un año; también lo es que, conforme a lo dispuesto en el 906, los herederos pueden ampliar dicho plazo por todo el tiempo que crean necesario, entendiéndose concedida esta autorización, no solamente cuando la otorgan expresamente, sino también cuando así se deduce de los actos de los propios herederos, según la doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1902, y, en consecuencia, habiendo quedado único heredero de la causante don Ramón Millán, por serlo también del hijo de ambos, don Ildefonso, y habiendo aquél aprobado las gestiones de los referidos albaceas, ejecutadas después de transcurrido dicho plazo legal, y concurrido con los mismos el otorgamiento de la escritura particional, tales actos implican la debida ampliación de dicho término, aparte de que esta misma intervención y aprobación del heredero haría innecesaria la de los albaceas, y quitaría toda importancia a aquella pretendida extralimitación legal, según lo declarado por este Centro en Resoluciones de 18 de diciembre de 1893 y 16 de septiembre de 1901».

En relación con esta resolución anotamos lo siguiente:

a) Que aplica la teoría de la prórroga tácita basándose en la sentencia de 4 de febrero de 1902, pero hay que tener en cuenta que el caso de esta sentencia no se refería a una aprobación posterior de los herederos, sino a un convenio previo entre contador y herederos del que se desprendería la prórroga tácita. Luego esa sentencia admite la prórroga tácita, pero no admite que la aprobación de los herederos con posterioridad a la partición del contador sea prórroga tácita. De modo que el caso de la sentencia de 4 de febrero de 1902 es muy distinto del de la resolución que comentamos, como también pone de relieve ALBALADEJO.

b) Que lo que a la resolución le interesa en el fondo es el problema de la convalidación de la actuación del contador por los herederos, y para ello establece su teoría de la prórroga tácita. Es decir, no contempla esas dos consecuencias prácticas de la teoría de la prórroga tácita indicadas antes. Lo cual atenúa algo el valor de sus declaraciones, máxime teniendo en cuenta lo que indica al final del «Considerando» transcrito, que es exponente de que, aunque sea de modo subsidiario, también admite la otra teoría de la convalidación o ratificación. Lo que en definitiva puede significar que no defiende la teoría de la prórroga tácita con autonomía y como contrapuesta a la teoría de la ratificación, que es como en realidad sería peligrosa, sino más bien para apoyar la idea de la ratificación o convalidación de la extralimitación.

La resolución de 30 de enero de 1911 (caso del Registro de Manresa) sigue también la teoría de la prórroga tácita. El Registrador denegó la inscripción por cuatro defectos, de los cuales interesan estos dos: *a)* por ser extraña y extemporánea la operación divisoria realizada por los albaceas nueve años después que el heredero necesario y único aceptó sin restricción la herencia condicional de su padre, e inscribió a su nombre los bienes que la integran, implicando tal aceptación haber asumido el heredero la representación de la personalidad del causante y haber cesado la testamentaria y herencia yacente; *b)* y porque, aun hecha en tiempo la operación particional, no sería inscribible por no haber intervenido en ella los acreedores, legatarios e interesados en la institución fideicomisaria.

La Dirección, siendo Director general don FERNANDO WEYLER, revoca la nota al confirmar la providencia del Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona. Interesan los dos primeros «Considerandos»:

«Considerando que no es motivo bastante, por sí solo, para denegar la inscripción de la escritura de liquidación y partición de que se trata en el recurso, la circunstancia consignada en primer término en la nota del Registrador, de haberse efectuado dichas operaciones divisorias mucho tiempo después de la muerte del testador y de haber inscrito el heredero instituido su derecho hereditario, pues si bien es cierto que los artículos 904 y 905 del Código civil establecen que el albacea a quien el testador no haya fijado plazo deberá cumplir su encargo dentro de un año, y que si el propio testador ampliase este plazo legal, sin señalar expresamente el de la prórroga, se considerará ampliado por un año, también lo es que el artículo 906 autoriza a los herederos para ampliar dicho plazo por el tiempo que crean necesario, y que esta autorización se entiende concedida, no sólo cuando la otorguen expresamente, sino también cuando así se deduce de los actos de los propios herederos, según la doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1902 y Resolución de este Centro de 23 de julio de 1910; y en consecuencia, habiendo aceptado expresamente dichas operaciones divisorias el heredero instituido, por escritura otorgada ante..., teniendo, además, dicho otorgante el carácter de apoderado de su madre, heredera usufructuaria, tal acto implica la prórroga de dicho término, por lo que, aun reconociendo, como se indica en dicha nota, que es extraña la partición efectuada bastantes años después de fallecido el causante, no por ello puede estimarse nula, habiendo, como hay, dichos actos de aceptación y aprobación de las únicas personas que podrían impugnarla;

»Considerando que no existe tampoco el defecto indicado en el número 3.º, fundado en no haber intervenido en la escritura los legatarios y

acreedores, puesto que, siendo una partición practicada por Comisarios, este requisito lo exige el artículo 1.057 del Código civil para la formación del inventario, cuando hay algún heredero menor de edad; pero como en este caso, aunque lo era el heredero instituido, se hallaba legalmente emancipado, y debe por ello ser reputado como mayor a tenor de lo prevenido en el artículo 317 del mismo Código, excepto para los actos y contratos que en el mismo se determinan, entre los cuales no se halla el de liquidación y división de herencia, dedúcese no ser necesaria dicha intervención, como así lo ha declarado, en caso análogo, la Resolución de 7 de enero de 1907.»

Esta resolución, aunque aplica la teoría de la prórroga tácita, no sirve para extraer ninguna consecuencia a propósito del problema de si cabe o no prórroga *por mayoría*, porque en el caso no se daba ese problema, sino que, como dice la resolución, se había producido la «aceptación y aprobación de las únicas personas que podrían impugnarla» (o sea, *todos* los interesados). En cambio, se vislumbra la segunda de las consecuencias prácticas antes apuntadas, es decir, la calificación de la partición como realizada exclusivamente por el contador, en virtud de la prórroga tácita de los herederos, pues considera aplicable el artículo 1.057, aunque estima innecesaria la citación al inventario que prevé dicho precepto cuando el heredero es menor de edad emancipado.

La resolución de 3 de julio de 1926 (caso del Registro de Campillos) también se ocupa de la cuestión que estamos examinando, si bien en un supuesto no de partición realizada fuera de plazo, sino de escritura de venta otorgada por el albacea facultado por el testador, pero una vez transcurrido el plazo y la prórroga concedida por éste, aunque habiendo intervenido en la escritura el heredero único. La Dirección, siendo Director general don Pío BALLESTEROS, revoca el auto apelado y la nota del Registrador, diciendo que «los herederos a quienes el artículo 906 del Código civil autoriza para ampliar el plazo del albaceazgo por todo el tiempo que crean necesario pueden hacer uso de esa facultad ya de un modo expreso, ya por medio de actos posteriores que impliquen el otorgamiento de la prórroga».

2.ª TEORÍA: LA APROBACIÓN DE LOS HEREDEROS NO IMPLICA PRÓRROGA TÁCITA, SINO SIMPLE RATIFICACIÓN QUE CONVALIDA LA ACTUACIÓN DEL CONTADOR FUERA DE PLAZO

Sigue esta opinión ALBALADEJO, que distingue entre los supuestos de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1902 y de 17 de junio de 1914 y los de las resoluciones de la Dirección. En las dos sentencias indicadas se contemplan casos de prórroga tácita «pues tal pró-

rroga se deduce de un hecho (convenio de albaceas y herederos) *anterior* al transcurso del plazo, y en el que no hay otorgamiento *expreso* de prórroga». En cambio, «no son casos de prórroga tácita (aunque califiquen de tal al supuesto e invoquen la doctrina de alguna de esas sentencias), sino de ratificación de lo hecho por los albaceas fuera de plazo, las resoluciones de 2 de marzo de 1899, 23 de julio de 1910, 30 de enero de 1911 y 3 de julio de 1926» (47).

Creemos que tiene razón ALBALADEJO por lo siguiente:

— Porque el plazo del albaceazgo cesa de modo *automático*, según reconoce la doctrina dominante. Por ello, el tiempo adecuado para instar la prórroga, como dice el propio ALBALADEJO, es «antes que se agote el plazo de duración del albaceazgo» (48), y en este caso la aprobación de los herederos tiene lugar una vez transcurrido el mismo.

— Porque cabe aplicar la analogía del artículo 1.703 del Código civil, que contempla la prórroga del plazo del contrato de sociedad concedida después del transcurso del mismo, y dice que no supone continuación de la sociedad, sino «nueva constitución» de la misma (49).

En conclusión, nosotros entendemos que la aprobación de los herederos de la actuación del comisario fuera de plazo no implica prórroga tácita del plazo, sino que es una mera ratificación de la partición que realizó el contador cuando era inhábil para actuar, ratificación que convalida la partición, convirtiéndola en una partición exclusiva de herederos. Ello da lugar a las dos consecuencias prácticas apuntadas al principio: 1.^a Es necesario que aprueben esa partición extemporánea *todos* los herederos (aplicación del artículo 1.058 y no del 906 del Código civil). 2.^a No es aplicable la normativa del artículo 1.057 del Código civil referente a la partición exclusiva de contador, sino los preceptos de la partición realizada por los herederos.

XV. LA PARTICION EXCLUSIVA DE CONTADOR CON INTERVENCION DE LOS HEREDEROS A OTROS EFECTOS NO RELACIONADOS CON LAS OPERACIONES PARTICIONALES

Como el fenómeno sucesorio no se agota en la partición, sino que existen otros actos jurídicos relacionados con la herencia, además de la

(47) ALBALADEJO, *ob. cit.* en nota 20, págs. 609 a 611, nota 241 a pie de página.

(48) ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 604.

(49) Dice este artículo 1.703: «Si la Sociedad se prorroga después de expirado el término, se entiende que se constituye una nueva Sociedad. Si se prorroga antes de expirado el término, continúa la Sociedad primitiva».

partición, puede suceder que en la escritura de partición del comisario intervengan los herederos para realizar otros actos jurídicos previstos legalmente y distintos de las operaciones particionales.

En estos supuestos, la partición de comisario no pierde su naturaleza unilateral y privilegiada y debe regirse por la normativa del artículo 1.057, debiéndose calificar con separación los actos jurídicos que otorgan los herederos.

A continuación exponemos una serie de supuestos de esta clase que no dan lugar a partición conjunta.

1. LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA POR LOS HEREDEROS

Cabe que en la escritura de partición de herencia otorgada por el contador intervengan también todos o algunos de los herederos para aceptar la herencia. En tal caso, puede calificarse con separación el acto de partición, de naturaleza unilateral, regido por el artículo 1.057 del Código civil, y el acto de aceptación, que a su vez es un acto unilateral del heredero y se rige por normas especiales de capacidad. Cabe inscribir la partición y suspender la inscripción del acto de aceptación.

Por la misma razón, cabe que la escritura otorgada sea simplemente de partición, sin que conste la aceptación de los herederos. La Dirección General de los Registros así lo ha reconocido en varias resoluciones (50), basándose en las figuras del consentimiento formal y de la condición suspensiva. Desde esta última perspectiva, al quedar inscrita la partición y las adjudicaciones realizadas unilateralmente por el contador a nombre de cada heredero, sin que conste la aceptación de la herencia, ello implica que tales adjudicaciones quedan sometidas a la condición suspensiva de que conste con posterioridad tal aceptación. Obsérvese que no se trata de aprobar la partición, sino de la «aceptación» de la herencia como acto jurídico del que dependen las adjudicaciones realizadas (51). Esta condición tiene la especialidad de que no consta de modo expreso en el Registro como tal condición, pero resulta claramente del mismo si aparece en la inscripción que sólo ha intervenido el contador-partidor y que éste es el que ha otorgado unilateralmente las adjudicaciones. A parecido resultado llega la Dirección aplicando la teoría del consentimiento formal, si es que se admite este tipo de consentimiento, sobre la base de que las adjudicaciones realizadas por el contador emanan de la persona facultada por el

(50) Así, Resoluciones de 7 de enero de 1875, 12 de diciembre de 1927, 19 de junio de 1929, 3 de agosto de 1944 y también la citada Resolución de 6 de marzo de 1930, que alude a las dos teorías que se indican en el texto.

(51) Claro que ya hemos dicho que la aprobación también implica aceptación tácita de la herencia.

titular registral para distribuir la herencia, aunque no conste todavía el cambio «real» que se produce por la adquisición de los herederos en virtud de la aceptación de la herencia. En uno y otro caso, la adjudicación queda subordinada al acto de aceptación de los herederos. Por eso, es interesante la constancia posterior en el Registro del acto de aceptación de la herencia, que si se sigue la teoría de la condición bien podría tener lugar por nota marginal. Claro que la mayor parte de las veces tiene lugar cuando el heredero va a vender una de las fincas adjudicadas, caso éste en que la aceptación resulta tácitamente del acto mismo de vender que se refleja en la correspondiente inscripción.

Más raro es el supuesto en que consta en el Registro la aceptación de la herencia y no el acto de partición del contador. Pero también puede suceder, lo que demuestra igualmente la separación entre esos dos actos jurídicos a efectos del Registro. Se trata del caso de anotación preventiva de derecho hereditario, en que consta registrado el derecho en la comunidad hereditaria. Si después se practica por el contador la partición, ya no estaremos en presencia de una adjudicación sometida a condición, pues la aceptación constaba ya con anterioridad en el Registro.

Todas estas posibilidades han de ser tenidas en cuenta al hacer el estudio de estos actos jurídicos en relación con el Registro.

2. LA INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS EN EL INVENTARIO AL SER CITADOS POR EL CONTADOR EN EL CASO PREVISTO POR EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL

Hemos dicho antes que la partición conjunta se produce por la intervención de los herederos, junto con el contador, en alguna de las operaciones particionales. Pero también hemos dicho que de esa regla hay que salvar la excepción del párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil. Este precepto, en caso de existir menores o sujetos a tutela, exige que se cite por el contador a herederos, legatarios y acreedores en relación con el inventario de la herencia. Puede suceder que, a pesar de tal citación, no comparezcan los herederos, sino sólo los legatarios y acreedores o que no comparezca nadie, casos ambos en que no se plantea ningún problema de intervención conjunta en la operación particional del inventario, pues queda claro que es el contador el único que la ha formalizado. Pero vamos a suponer que todos o algunos de los herederos comparecen atendiendo a esa citación al inventario. Aun así la partición no es conjunta sino exclusiva de contador. En primer lugar, y en todo caso, porque es un requisito previsto legalmente para la partición exclusiva de contador, lo que significa que la propia ley impone tal calificación de partición unilateral de contador, aunque intervengan los herederos en el

inventario. Pero es que, además, en puridad de conceptos, la citación de los herederos no se hace para que ellos realicen juntamente con el contador (y, en su caso, con legatarios y acreedores) la operación de inventario, sino para que la «presencien», pues, aunque el artículo no dice nada, lo lógico es suponer en la partición de contador que es éste el que únicamente tiene facultades de decisión respecto a todas las operaciones particionales, y por otro lado, tenemos la analogía del artículo 1.014 del Código civil, en que se dice, en relación con la citación de acreedores y legatarios, que se hace «para que acudan a *presenciarlo* (el inventario) si les conviniere». Naturalmente, hay que imaginar que esa presencia no puede ser simplemente pasiva, pues entonces no tendría sentido, pero la *actividad* consistirá en hacer las manifestaciones que estimen oportunas, reservándose las acciones pertinentes, aunque será el contador el que, en definitiva, decidirá unilateralmente lo procedente.

Por tanto, la normativa a aplicar será la de la partición exclusiva de contador y no la de la partición de herederos. Puede trasladarse aquí todo lo que dijimos en el epígrafe correspondiente sobre las consecuencias prácticas de la partición exclusiva de contador frente a las de la partición conjunta. Singularmente, hay que recalcar que no será necesaria la aprobación judicial de la partición, aunque existan menores no representados por el padre o la madre en la comparecencia al inventario. Por otro lado, respecto al nombramiento de defensor judicial para comparecer al inventario, se deben seguir distintas orientaciones que cuando se trate de nombrar defensor judicial para la práctica de la partición misma; y es que podría suceder que en relación con el inventario los intereses de padre e hijo fueran concordantes por ser ambos herederos y no tener aquél bienes gananciales o privativos que podrían interferir el inventario en perjuicio del hijo; y en cambio, si se tratase de practicar la partición habría intereses contrapuestos al decidir sobre el destinatario de las adjudicaciones. También puede suceder que padre e hijo tengan interés en la liquidación previa de la sociedad conyugal. Precisamente, en relación con este último caso, habría que nombrar defensor judicial al hijo para recibir la citación al inventario y presenciarlo si lo estimara procedente.

3. LA INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS EN EL INVENTARIO PARA OBTENER CIERTOS BENEFICIOS EN ALGUNAS REGIONES FORALES

En Cataluña y Baleares se concede la cuarta Trebeliánica al heredero fiduciario que practique inventario en el tiempo y condiciones que se-

ñalan las respectivas Compilaciones (52). También se concede en las mismas la cuarta Falcidia al heredero al que no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, por razón de los legados, subordinando el ejercicio de este derecho al mismo requisito de la formalización del inventario (53).

En principio no tiene por qué haber interferencias entre la formación del inventario por el heredero a los indicados efectos y la operación particional de inventario formalizada en su caso por el contador, pues cabe que cada uno lo haga con separación y en momentos distintos, e incluso cabe que el inventario hecho por el contador en tiempo y forma aproveche al heredero fiduciario a efectos de la cuarta Trebeliánica, aunque él no haya intervenido en el mismo (art. 199 de la Compilación de Cataluña, párrafo último).

Sin embargo, y como dice ROCA SASTRE, «para evitar que surjan dos inventarios de posible contenido desigual, es recomendable que, en cuanto al inventario, procedan de común acuerdo el contador-partidor y los herederos» (54). Pues bien, en este caso podría también plantearse si la partición se transforma en conjunta de contador y herederos, con todas sus consecuencias, por el mero hecho de esta formalización simultánea de la operación del inventario. Nosotros creemos que no, pues la intervención del heredero en el inventario se hace, y así debe expresarse en la escritura correspondiente, no a los efectos de la partición, sino al único efecto de poder obtener la cuarta Trebeliánica o la cuarta Falcidia previstas en aquellas Compilaciones.

4. LA INTERVENCIÓN DE ALGÚN HEREDERO AL ÚNICO OBJETO DE SOLICITAR DEL CONTADOR LA REALIZACIÓN DE LA PARTICIÓN

Por influencia de la cláusula de no estorbar, es frecuente que el testador sólo establezca la intervención del contador en el supuesto de que así lo solicite algún interesado. Cabría discutir si en estos casos basta que comparezca en la escritura el contador manifestando, sin acreditarlo, que ha sido requerido para ello por todos o alguno de los herederos, o es necesario que conste de modo fehaciente la solicitud de alguno de éstos. En la práctica se procede con gran amplitud y flexibilidad, dando por buena la simple manifestación del contador, quizá considerando insólito que éste, conociendo la correspondiente cláusula testamentaria, actúe por su

(52) Véanse los artículos 198 y ss. de la Compilación de Cataluña, y artículo 29 de la Compilación de Baleares.

(53) Véanse los artículos 225 y ss. de la Compilación de Cataluña y 38 y ss. de la Compilación de Baleares.

(54) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo III, pág. 852, nota 1.

cuenta, sin haber contado con la solicitud de algún heredero. Pero en nuestra opinión debería exigirse la constancia escrita de tal solicitud, aunque sólo sea para evitar que luego los herederos pretendan olvidar la partición firme del contador diciendo que ninguno de ellos había requerido su intervención. Consideramos que no cuesta nada formalizar una solicitud que vaya firmada por uno de los herederos y ratificada ante el Registrador. Claro que todo esto se evitaría si en la escritura de partición del contador comparece uno de los herederos para manifestar que requiere la intervención del contador conforme a la cláusula testamentaria que exponemos.

Pensando en tal supuesto, no hará falta decir que tal intervención conjunta en la escritura no significa partición conjunta, pues quedarán bien delimitadas las intervenciones de los comparecientes y bien claro resultará que es el contador el único que otorga la partición y que el heredero se limita a solicitar la intervención de aquél.

5. LA INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS EN LA ESCRITURA DE PARTICIÓN PARA OTORGAR ACTOS DISTINTOS DE LOS PARTICIONALES

Si las operaciones particionales constan realizadas exclusivamente por el contador, es evidente que no queda desnaturalizada su actuación unilateral por el hecho de que en la misma escritura intervengan uno o más herederos para otorgar ventas u otros actos jurídicos totalmente independientes de la partición. Ya vimos antes que si los actos realizados por los herederos repercuten de algún modo en las adjudicaciones hereditarias, entonces la partición ha de calificarse como conjunta de contador y herederos. Pero ahora partimos del supuesto de que los actos realizados por los herederos sean posteriores a las adjudicaciones, aunque se otorguen en la misma escritura de partición e independientes de ellas.

Otro caso hipotético dentro de este grupo, que tampoco sería partición conjunta, es el de intervención de los herederos al único efecto de entregar legados. Decimos que es hipotético porque después del artículo 83 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959, queda claro que el contador puede entregar por sí mismo los legados, aunque no haya sido facultado expresamente por el testador, con lo cual no sería necesaria la intervención de los herederos. Nosotros creemos que esta postura del Reglamento es acertada, pues parece lógico que dentro de la facultad de hacer la partición de la herencia a que se refiere el artículo 1.057 del Código civil esté comprendida la facultad de entregar legados, que son también «herencia» *en sentido amplio*, y que, además, aparecen normal-

mente delimitados en el testamento en cuanto al objeto. Pero hay algún autor, y nos referimos a ROCA SASTRE, que entiende que con la fórmula reglamentaria «padece el Código civil», aunque reconoce que «no deja de ser buena desde el punto de vista práctico» aquella fórmula (55). Pues bien, vamos a suponer que, para evitar cualquier suspicacia, el funcionario autorizante entiende que es conveniente que comparezcan los herederos para entregar los legados, con lo que no se planteará ese problema de si padece o no el Código civil. Nosotros insistimos en que no vemos ningún «padecimiento» del Código; pero lo que queremos señalar ahora, ante esa posible intervención de los herederos, es que no se trata de partición conjunta, pues en la escritura quedará claro que el contador formaliza unilateralmente la partición de la herencia «en sentido estricto» y que los herederos entregan los legados.

6. LA INTERVENCIÓN PARA LIQUIDAR PREVIAMENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Dentro de este epígrafe señalaremos dos supuestos, ninguno de los cuales implica partición conjunta de la herencia, sino intervención conjunta en la liquidación de sociedad conyugal y posterior partición exclusiva de la herencia por el contador.

a) El primer supuesto es el de escritura en la que conste que, con carácter previo a la partición de herencia realizada exclusivamente por el contador, practican la liquidación de la sociedad conyugal el cónyuge viudo y los herederos. En principio, este supuesto sólo hay que plantearlo si se entiende que el contador no tiene facultades para liquidar previamente, en unión del cónyuge viudo, la sociedad conyugal; pues si se le atribuye tal facultad sobra esa compleja intervención de todos los interesados. Pero la cuestión es discutible.

La postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado es que el contador puede realizar, junto con el viudo, la previa liquidación de la sociedad conyugal (56). Sin embargo, hay autores como LACRUZ (57) que entienden que no compete al contador dicha facultad,

(55) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo III, pág. 936.

(56) Así, Resoluciones de 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908 y 6 de marzo de 1923.

(57) LACRUZ, *ob. cit.* en nota 3, pág. 247, siguiendo a VALVERDE y CASTÁN, si bien recoge la postura jurisprudencial como más práctica. Pero señala dos objeciones: «una, que no cabe presumir en el causante, partir del encargo de dividir entre sus herederos, la colación de una facultad distinta y de disposición, cual es la determinación, frente a otra persona, de la masa partible: y otra, que con arreglo al artículo 1.057 el causante no podría conferir al comisario una posibilidad de actuar que exceda de la mera facultad de hacer la partición».

sino que son los herederos los que deben otorgar previamente con el viudo la liquidación de la sociedad conyugal.

Nosotros creemos que es más razonable la postura de la Dirección, porque la partición de herencia exige como requisito previo e indispensable la liquidación de la sociedad conyugal, por lo que parece lo normal presumir que la facultad de hacer la partición comprende también la «partición» de la sociedad conyugal, siempre que intervenga el viudo.

Además, la remisión del artículo 1.428 del Código civil a las normas de la partición de herencia fomenta la aplicación del artículo 1.057 a la previa liquidación de la sociedad conyugal en cuanto a que sea parte en ella el contador como mandatario del testador y como operación previa e indispensable de la estricta partición de herencia.

Pero vamos a suponer que tuviera razón LACRUZ y que los otorgantes o funcionario autorizante se hubieran dejado influir por las objeciones que señala dicho autor, haciendo intervenir a todos los herederos para la previa liquidación de la sociedad conyugal. Aunque la escritura comprenda conjuntamente esa operación previa y la partición de herencia realizada por contador *a posteriori*, esta última no es partición conjunta, siempre que conste en la escritura que los herederos sólo intervienen para aquella liquidación previa y que el contador otorga unilateralmente las operaciones de partición de herencia. Desde la perspectiva en que hipotéticamente nos situamos, es interesante dejar claro que la partición de herencia del contador no ha sido otorgada en forma conjunta, porque bien podría suceder que el padre y el hijo no tuvieran intereses contrapuestos para la liquidación previa de la sociedad conyugal y, en cambio, existiera incompatibilidad de intereses para la partición de la herencia, por ser ambos herederos. En tal caso, si decimos que la partición de herencia la otorga exclusivamente el contador, no habrá necesidad de nombrar defensor judicial al menor, sino que podrá comparecer el padre por sí y en representación del hijo (con intereses concordantes en ese aspecto) para la liquidación previa de la sociedad conyugal. Claro que también podría suceder que el padre tuviera intereses contrapuestos con el hijo en la liquidación de la sociedad conyugal, por ejemplo, si el padre es el cónyuge viudo de la causante.

No obstante, insistimos en que somos partidarios de la postura de la Dirección General, que hace innecesaria tal intervención de los herederos.

b) El segundo supuesto es el de intervención conjunta de la viuda y del contador, sin precisar si aquélla lo hace al único efecto de liquidar la sociedad conyugal o también como heredera para realizar junto con el contador las operaciones de partición de herencia. Lo más correcto, para

evitar dudas, es que se exprese en la escritura que la viuda sólo interviene para la liquidación de la sociedad conyugal y, a lo sumo, para aceptar la herencia (en cuanto a la cuota usufructuaria o la que se le haya deferido en el testamento) y que el contador es el único que ha realizado, de modo unilateral, las operaciones de partición de herencia, una vez liquidada previamente la sociedad conyugal. Si no se hizo tal precisión será conveniente que en documento posterior (que bien puede ser la sencilla y cómoda instancia del artículo 110 del Reglamento Hipotecario) se aclare tal intervención, pues en otro caso podría plantearse un caso de partición conjunta, con todas sus consecuencias. Sin embargo, esta necesidad de precisión no parece preocuparle a la resolución de la Dirección de 5 de octubre de 1900 (caso del Registro de Avila), que ante un supuesto de partición realizada por tres contadores solidarios, uno de los cuales era la viuda, dijo lo siguiente en el «Considerando» segundo:

«Considerando que si bien la viuda del testador debió abstenerse de practicar las operaciones de inventario y partición, por su carácter de partícipe en la herencia, con arreglo al citado artículo 1.057, semejante intervención no sólo no es motivo de nulidad de tales operaciones, puesto que éstas han sido practicadas también por los otros dos albaceas partidores, los cuales estaban facultados para ejecutarlas por sí solos, en virtud de haber sido nombrados *in solidum*, sino que viene a subsanar la falta de citación de la viuda para las referidas operaciones que el Registrador ha notado en su informe, toda vez que dicha intervención implica necesariamente el trámite previo de la citación».

Nosotros consideramos algo desenfocada la perspectiva de esta resolución, pues no se trata de deducir la «nulidad de las operaciones», sino la calificación de la partición como conjunta de dos contadores y un heredero (la viuda), calificación que lleva consigo la necesidad de intervención de los restantes herederos, conforme a la jurisprudencia de la propia Dirección, citada más arriba al tratar de la partición conjunta. Y vistas las cosas desde la perspectiva de la partición conjunta, aunque no ponemos en duda que «dicha intervención implica necesariamente el trámite de intervención en el inventario» (pues intervino en todas las operaciones), lo que habría que recalcar es que no interesa en esa partición conjunta el problema de la citación al inventario, sino la intervención de los demás herederos en las operaciones, ratificando la partición.

Precisamente para evitar este resultado, consideramos conveniente precisar bien el carácter de la intervención del cónyuge viudo, y si no aparece bien precisada, creemos oportuno que pueda aclararlo posteriormente por el indicado sistema de la instancia del artículo 110 del Reglamento Hipo-

tecario, que no producirá ninguna distorsión en la práctica y dejará las cosas bien claras.

7. PARTICIÓN SIMULTÁNEA DE DOS HERENCIAS CON CONTADOR
NOMBRADO SÓLO POR UNO DE LOS TESTADORES E INTERVINIENDO
LOS HEREDEROS SÓLO PARA LA PARTICIÓN DE LA OTRA HERENCIA

Ya hemos aludido a este supuesto al tratar de la partición conjunta, no considerándola como tal, siempre que en la escritura consten con claridad las respectivas intervenciones separadas de los herederos en relación con la partición de una de las herencias y del contador otorgando exclusiva y unilateralmente la partición de la otra herencia para la que fue nombrado. Así lo admite la ya estudiada resolución de 26 de marzo de 1952 (Registro de Marchena). No obstante, si se producen adjudicaciones *in totum revolutum* ya no es tan clara la intervención exclusiva del contador en la partición de la herencia para la que fue nombrado, y por eso, al estudiar con anterioridad ese supuesto, dijimos que era un caso de partición conjunta.

XVI. LA ACTUACION DEL NOTARIO Y DEL REGISTRADOR
ANTE LA INTERVENCION CONJUNTA DE CONTADOR
Y HEREDEROS EN LA ESCRITURA

A modo de sugerencias, y sin tratar de sentar doctrina, sino sometiéndolas a la crítica y juicio del respectivo funcionario, se nos ocurre lo siguiente a propósito de la actuación del Notario y del Registrador en las diferentes clases de partición estudiadas en el presente trabajo. Ello puede servir, al mismo tiempo, de resumen del mismo.

1. LA ACTUACIÓN DEL NOTARIO

a) En primer lugar, creemos que el Notario debe tener en cuenta las tres fórmulas posibles de intervención conjunta de contador y herederos en la escritura: partición conjunta de contador y herederos, partición de contador con aprobación de los herederos y partición de contador con intervención de los herederos a otros efectos distintos de los participacionales. El Notario debe reconocer la viabilidad de esas tres fórmulas, y, en el supuesto de que se le pida orientación por el interesado, deberá elegir la fórmula más aconsejable teniendo en cuenta la realidad de lo otorgado y, *a ser posible*, la menor complicación en cuanto a trámites y requisitos.

b) Respecto a la fórmula de la partición conjunta, parece conveniente insistir en que no es una figura *contra legem*, sino que es perfectamente admisible. En varios supuestos (indicados al principio) será la única fórmula adecuada. En otros casos, la acumulación de requisitos que lleva consigo propenderá a rehuirla si existen menores o incapacitados. En todo caso, si se trata de protocolización de cuaderno particional privado en que conste de modo terminante la existencia de partición conjunta, no cabe ya tratar de transformarla en la escritura de protocolización diciendo que en realidad fue partición de contador con intervención de los herederos a otros efectos, pues el cuaderno resulta terminante y no se puede ir contra los propios actos, sobre todo teniendo en cuenta que la partición conjunta no es irregular en sí misma, por lo que no procede tratar de subsanarla cuando consta ya realizada de ese modo conjunto. En cambio, si se pretende protocolizar un cuaderno particional firmado exclusivamente por el contador con extralimitación de sus facultades, es conveniente que se produzca la correspondiente subsanación en la escritura de aprobación y protocolización, a base de la intervención de los herederos convalidando la actuación del comisario.

c) En cuanto a la fórmula notarial de la «aprobación de los herederos», ha de tener presente los distintos significados según los casos. Debe prescindir de la calificación de la partición como realizada exclusivamente por contador con simple aprobación de los herederos, cuando del conjunto de las operaciones realizadas resulta que todas o algunas de ellas fueron realizadas también por los herederos. Ya hemos visto algún caso de jurisprudencia registral en que había cierta contradicción entre lo que decían las cláusulas (partición exclusiva de contador con simple aprobación de los herederos) y lo que resultaba de la exposición o antecedentes (partición conjunta de contador y herederos). Pero si del documento resulta que el contador es el único que ha realizado todas las operaciones, no existe ningún obstáculo para que en las estipulaciones o cláusulas se exprese que es el contador el que ha realizado de modo unilateral las operaciones particionales, limitándose los herederos a aprobarla. Si el contador no se extralimitó y procedió unilateralmente, esa aprobación de los herederos no da lugar a partición conjunta, lo cual puede tener ventajas para los interesados, pues si existen menores no hay necesidad de acudir al trámite de la aprobación judicial, que resultaría totalmente innecesario en ese caso, y en cambio, ineludible si la partición es conjunta y los menores no están representados por los padres.

Recordemos también el significado de la aprobación de los herederos de la partición realizada por contador incapaz o inhábil o fuera de plazo: es una verdadera ratificación, perfectamente admisible como modo de sub-

sanar la actuación del supuesto contador. Respecto a la actuación extemporánea del contador (fuera de plazo) parece que la aprobación de los herederos no significa prórroga tácita, sino simple ratificación de lo realizado por el comisario. Ello puede tener consecuencias prácticas, pues no procederá la aprobación de la *mayoría* de los herederos (como cabe en la prórroga en ciertos casos), sino de todos ellos (art. 1.058); además, la aprobación de los herederos de la actuación del comisario fuera de plazo impide la aplicación de la normativa de contador que prevé el artículo 1.057, pues el supuesto hace tránsito hacia la partición de herederos. No obstante, hemos visto que la postura de la Dirección es considerar la aprobación de los herederos de la partición extemporánea del contador como un supuesto de prórroga tácita; pero también señalamos en el epígrafe correspondiente la crítica de esta postura.

d) En cuanto al tercer supuesto de partición exclusiva de contador con intervención de los herederos en la escritura a otros efectos, aquí la función del Notario es también importante, para dar claridad a las actuaciones de cada interesado, separando con precisión el carácter de la intervención del contador y de los herederos, para evitar que puedan producirse dudas sobre la clase de partición realizada, en el momento de la calificación registral. La precisión y claridad de intervenciones es más importante, si cabe, en los supuestos de partición simultánea de varias herencias con contador sólo respecto a una de ellas, y de liquidación de sociedad conyugal previa a la partición de herencia.

2. LA ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR

a) Paralelamente a lo que hemos dicho en relación con el Notario, aunque con la distinta perspectiva que impone la diferencia de funciones, el Registrador de la Propiedad ha de tener en cuenta las tres figuras estudiadas: la partición conjunta, la partición de contador con aprobación de los herederos y la partición de contador con intervención de los herederos a otros efectos. Esta distinción de figuras le interesa al Registrador en dos aspectos o perspectivas: desde la perspectiva de la calificación registral, tanto en su modalidad de «calificación-control» como en la modalidad de «calificación-creación» (58); y desde la perspectiva del acto ulterior de la inscripción, es decir, de la redacción del asiento correspondiente. Iremos señalando estos aspectos a continuación, al examinar cada una de esas figuras de partición.

(58) Insiste en este aspecto, que nosotros hemos llamado «calificación-creación», la Resolución de 26 de octubre de 1973 y JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ en «Problemas de calificación...», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, febrero de 1976, número 110, pág. 83.

b) En cuanto a la partición conjunta de contador y herederos, creemos que el Registrador debe olvidarse de la resolución de 15 de julio de 1943 (Registro de Santa Fe), por estar totalmente superada por otras muchas, y en consecuencia nunca debe denegar ni suspender la inscripción por *el mero hecho* de haber sido otorgada conjuntamente la partición por el contador y los herederos.

Pero, aun partiendo de la validez o viabilidad de la partición conjunta, ésta interesa mucho para la calificación registral, y por eso el Registrador debe conocerla bien.

En primer lugar, respecto a la «calificación-control», la partición conjunta no es en sí misma un defecto que impida la inscripción, pero la previa calificación de la misma como tal puede dar lugar a que se detecten defectos que impidan la inscripción, como consecuencia de no haberse cumplido los requisitos que exige la partición conjunta, a diferencia de la partición de contador. Por tanto, el Registrador controlará el acceso al Registro de la partición conjunta, comprobando si se han cumplido o no los requisitos que la misma exige (unanimidad de los herederos, capacidad del contador y de los herederos, requisitos de defensor judicial y aprobación judicial en supuestos de menores, aprobación del Consejo de Familia en su caso, requisitos especiales en supuestos de ausentes, problemas de calificación de la interpretación del testamento, problemática de la citación al inventario). Si, como consecuencia de esta «calificación-control», se declara no inscribible la partición y se solicita la redacción de la correspondiente nota calificadora al pie del documento, ha de tenerse en cuenta que no ha de señalarse como defecto el otorgamiento de la partición en forma conjunta—lo reiteramos una vez más, para evitar que se vuelva a producir una nota como la del caso de la resolución de 15 de julio de 1943—, sino la falta de los requisitos que resulten de haber calificado previamente la partición como conjunta. Si es que se quiere hacer constar en la nota esa calificación de la partición como conjunta, ha de aparecer como fundamento de los defectos que a continuación se señalen, tal como se hizo en la nota del caso de la resolución de 27 de febrero de 1922. En ocasiones esta constancia en la nota de la calificación de la partición como conjunta será muy interesante si se creyese conveniente redactarla en forma alternativa, teniendo en cuenta que, aunque se resolviese que no era partición conjunta, existirían también otros defectos; esta forma alternativa aparece en la nota del caso de la resolución de 26 de marzo de 1952.

En segundo lugar, respecto a la «calificación-creación», ésta puede darse en la práctica antes del otorgamiento del documento, con ocasión de la consulta que se hace al Registrador sobre el problema, y *a poste-*

riori, si en lugar de pretender el recurso gubernativo se pide orientación a dicho funcionario acerca de la forma de resolver el asunto. Desde esta perspectiva de la «función creadora» del Registrador, en uno y otro momento, también interesa conocer la figura de la partición conjunta, pues puede ser la única forma de resolver ciertos casos. Así, cuando el contador se ha extralimitado de sus facultades, o cuando se pretende subsanar la preterición del testamento sin tramitar la declaración de herederos o cuando se intentan adjudicaciones *in totum revolutum* en aquellos supuestos en que la mezcla o confusión de títulos sea inofensiva, etc.

En tercer lugar, la necesidad de conocer la partición conjunta se manifiesta también en el momento de redactar el asiento. El Registrador tendrá en cuenta la multiplicidad de formas de partición conjunta que antes hemos recogido, y procurará que quede reflejada en la inscripción la conjunción de actuaciones de contador y herederos. Al mismo tiempo atenderá a los términos empleados en la escritura. Ahora bien, como pudiera suceder que del examen conjunto del documento aparecieran algunas declaraciones que implican partición conjunta y otras que no, ha de tener en cuenta lo que dijimos al tratar de los elementos de caracterización de la partición conjunta, utilizando los principios de interpretación *sistemática e intrínseca*. Si llega al convencimiento de que la partición es conjunta, a pesar de lo que se dice en las cláusulas finales, recogerá en la inscripción aquellas declaraciones de los herederos contenidas en los antecedentes o exposición o incluso en el propio cuaderno que se protocoliza, que sean expresivas en ese punto. Esto dará lugar a la especialidad en relación con la redacción de los asientos de inscripción de herencias de que no sólo habrán de reseñarse las adjudicaciones realizadas y las estipulaciones o cláusulas finales, sino también los extremos pertinentes de las restantes operaciones que sean de interés a los efectos indicados. En estos casos deberá superarse la redacción del modelo correspondiente de inscripción, para extender el más conforme con la realidad de lo otorgado en el documento.

c) En cuanto a la partición de contador con aprobación de los herederos, también ha de conocer bien el significado de esta aprobación en cada caso concreto. Hemos visto que hay casos en que la aprobación encubre una verdadera partición conjunta. La calificación-control desvelará esa especie de encubrimiento y exigirá el cumplimiento de los requisitos de la partición conjunta, cuya figura se encubre. La calificación-creación indicará la forma de subsanar los defectos padecidos.

Se plantea el problema de si es inscribible la escritura que dice que el contador es el único que ha realizado las operaciones y que los herederos se limitan a aprobar la partición de aquél, si de otras declaraciones del documento o del cuaderno privado protocolizado resulta que no ha

sido así, sino que la partición ha sido conjuntamente realizada. Creemos que lo único que procede en este caso es calificar la partición como conjunta para comprobar si se han cumplido o no los requisitos de la misma. Pero si se han cumplido dichos requisitos estimamos que no importa, a efectos de inscripción, que exista esa especie de contradicción de términos dentro del documento, pues dicha contradicción no da lugar a la nulidad de la partición, sino a un problema de interpretación que, en principio, puede resolverse en uno u otro sentido, y si el Registrador resuelve en el sentido de que la partición es conjunta y se han cumplido los requisitos de ésta, no hay ningún defecto, sino que ha aclarado, a efectos de inscripción, en virtud de sus facultades interpretativas, los términos del documento.

En cuanto a la redacción del asiento, se recogerá en él la declaración relativa a quién es el que ha realizado las operaciones particionales y la referencia a la aprobación de los herederos. En el caso de que esta aprobación encubra o implica partición conjunta, recogerá los términos de la escritura, pero procurará que consten en la inscripción aquellos otros términos que implican esa modalidad de partición conjunta, aunque se encuentren en la parte «expositiva» o de «antecedentes».

Un aspecto interesante de las particiones de contador con aprobación de los herederos, cuando son propiamente tales y no particiones conjuntas, es que cabe una calificación separada e independiente de los dos actos que se realizan: el acto de partición y el de aprobación de la partición. Con la consecuencia, a diferencia de las declaraciones en la partición conjunta, que puede ser inscribible la partición (realizada válidamente por el contador) y no serlo la aprobación (por existir defecto de capacidad, por ejemplo, en el que la declara). En estos casos, se podrá dar la particularidad de que conste inscrita la partición y no la aprobación, al igual que ocurre cuando la partición ha sido otorgada exclusivamente por el contador sin intervención en la escritura de ningún heredero. Claro que en este supuesto de inscripción parcial debe darse cumplimiento previamente a lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, con objeto de que conste la conformidad del presentante respecto a esa inscripción parcial del documento.

d) En cuanto a la partición realizada exclusivamente por el contador con intervención de los herederos a otros efectos, como son todos los casos examinados en el epígrafe XV, el Registrador ejercerá la «calificación-control» para comprobar si realmente son casos de partición exclusiva de contador o, si por el contrario, los herederos intervienen también a efectos de dejar su huella en alguna de las operaciones particionales. Y hará esta comprobación para detectar, en su caso, si se han cumplido

o no los requisitos correspondientes a una u otra clase de partición. El aspecto de «calificación-creación» lo ejercerá en el sentido de fomentar la claridad en el otorgamiento del documento particional, para que queden bien separadas y definidas las intervenciones de los firmantes de la escritura.

Respecto a la posibilidad de permitir la instancia subsanatoria del artículo 110 del Reglamento Hipotecario para precisar o aclarar la indeterminación de intervenciones de los firmantes en el documento, creemos que puede permitirlo, siempre que ello no suponga ir contra los propios actos de los herederos. Por ejemplo, si en el documento privado de partición, que luego se protocoliza, consta de forma clara y terminante que el contador y los herederos han realizado la partición de modo conjunto, no cabe tratar de «aclarar» (más bien contradecir) lo que resulta clarísimo del propio documento, es decir, la realización conjunta de la partición.

También en estos supuestos de intervención de los herederos a otros efectos interesa tener en cuenta la posibilidad de calificación separada e independiente de los distintos actos jurídicos contenidos en la escritura, lo que puede dar lugar a la inscripción de la partición y a la no inscripción de los actos de aceptación de herencia, por ejemplo.

En cuanto a la fase de redacción del asiento, si es que procede inscribir la totalidad de los actos, se expresarán en la inscripción con la debida separación la realización de la partición por el contador y los demás actos realizados por los herederos.

Priego de Córdoba, 23 de abril de 1976.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad

La anotación preventiva en general

SUMARIO: *Asiento de anotación preventiva.—Su concepto.—Aproximación a su fundamento.—Caracteres comunes de toda anotación en nuestro sistema.—Precedentes de la anotación.—Clasificaciones de las anotaciones preventivas.—Circunstancias formales de las anotaciones preventivas.—Anotaciones de suspensión.—Conversión de las anotaciones preventivas en inscripciones.*

ASIENTO DE ANOTACION PREVENTIVA

La anotación preventiva es, como la inscripción, otra de las formas que pueden revestir las relaciones jurídicas inmobiliarias para alcanzar un estado registral, siquiera sea imperfecto o perfectible.

Después de haber examinado anteriormente la nota marginal (1) y la cancelación registral (2), me atrevo a esbozar otra de las variadas teorías generales sobre la llamada anotación preventiva. Esta tarea resulta ciertamente dificultosa si se quiere aportar algo nuevo sobre la materia, puesto que ha sido estudiada desde los primeros tiempos hipotecarios por un buen número de tratadistas.

Hay relaciones jurídicas inmobiliarias que son «inscribibles», o sea, que alcanzan la plenitud registral, la máxima eficacia del sistema y las protecciones que éste dispensa; y hay otras que, por el contrario, sólo son «anotables», lo que equivale a decir que no tienen acceso íntegro al Registro, que no producen asientos definitivos, estables y con plenitud de efectos y que, por sí mismas, no han generado derechos reales perfectos ni los han modificado, transmitido o extinguido de modo eficaz y permanente.

(1) «La nota marginal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 498 de septiembre-octubre de 1973.

(2) «La cancelación registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 505 de noviembre-diciembre de 1974.

Examinando los folios de los libros de inscripciones existentes en los Registros de la Propiedad nos encontramos con la anotación preventiva y, formalmente, veremos que es un asiento principal, extendido en los mismos libros, folios y parte de éstos que las inscripciones, de las que en este aspecto sólo se diferencian porque van señaladas con letras, en vez de guarismos, que son propios de las inscripciones. Pero la anotación preventiva es provisional, por revestir como nota propia carácter eminentemente transitorio, a diferencia de las inscripciones, que registralmente son definitivas, aunque sustantivamente no lo sea el derecho a que se refieran. Materialmente su origen responde a diversos motivos de variada índole, lo que las hace muy heterogéneas. Por lo que en el fondo y como indican unánimemente los tratadistas es difícil dar un concepto unitario de la anotación preventiva, ya que, como he dicho, en nuestra legislación esta clase de asiento se refiere a supuestos muy diversos y a situaciones jurídicas carentes de homogeneidad.

SU CONCEPTO

La Ley Hipotecaria no define la anotación preventiva; se limita en el artículo 42 (3) a enumerar, y no de modo exhaustivo, quiénes son las

(3) El artículo 42 de la Ley Hipotecaria, fundamental a este respecto, dice así: «Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

Primero. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.

Segundo. El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.

Tercero. El que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto. El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere con arreglo a las leyes providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.

Quinto. El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del artículo 2.º de esta Ley.

Sexto. Los herederos respecto de su derecho hereditario cuando no se haga especial adjudicación entre ello de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.

Séptimo. El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria.

Octavo. El acreedor refaccionario mientras duren las obras que sean objeto de la refacción.

Noveno. El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por falta de algún requisito subsanable o por imposibilidad del Registrador.

Décimo. El que en cualquiera otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra ley».

personas o titulares de derechos que pueden pedir anotación preventiva de los que les corresponden, y a primera vista se observa las profundas diferencias que separan unos derechos anotables de otros (4). Una anotación de demanda y otra de derecho hereditario sólo tienen en común la clase de asiento en que se concretan.

Intentaré precisar, citando a diversos autores, un concepto claro de la anotación preventiva y de su fundamento, para estudiar después su evolución en nuestro derecho, sus precedentes germánicos, sus clases, sus circunstancias y su forma.

La Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, fuente a la cual se debe acudir para el estudio de casi todas las materias hipotecarias, al tratar de las antiguas hipotecas judiciales, hacía notar que casi siempre se constituían para que fuese respetada la acción de la justicia, evitando que se eludiese el cumplimiento de las sentencias, mediante los actos del demandado que imposibilitasen la futura ejecución del fallo; de donde se deducía que tales hipotecas sólo debían durar mientras se siguiese el juicio y se hiciese efectiva la sentencia. Los redactores de la Ley de 181 creyeron conveniente, por razones de tecnicismo, cambiar la vieja nomenclatura y sustituir la denominación de «hipoteca judicial» por la de «anotación preventiva», pero conservando su finalidad esencial de *asegurar las resultas de un juicio*. Pero además de las anotaciones preventivas que exige el curso de los procedimientos judiciales—añade la Exposición de Motivos—se necesitan otras que tienden a *asegurar ciertos derechos reales ya existentes*, pero que no se hallen en el caso de ser inscritos, bien porque no son aún definitivos, o bien porque su verdadera importancia no está aún determinada, como sucede con los derechos del legatario y del acreedor refaccionario, respectivamente. Y finalmente, hay títulos que no pueden ser inscritos por *contener defectos subsanables*, pero que deben ser objeto de anotación preventiva, que pondrá a todos al corriente del verdadero estado de la finca o derecho y asegurará los mismos, contra los que puedan presentarse posteriormente, a favor del titular de derecho defectuoso, en tanto se subsana el defecto, intrínseco o extrínseco de que se trate.

De todo lo expuesto se deduce que, para la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, norte seguro de interpretación y autorizado comentario, las anotaciones preventivas tienen una finalidad tripartita o trimembre:

(4) Además del artículo 42 hay otros en la misma Ley, en su Reglamento y en otras leyes que amplían el número de las anotaciones preventivas. Pero esto ya lo previene el número décimo del artículo 42, verdadero cajón de sastre, donde caben todas las anotaciones preventivas creadas por leyes especiales, v. gr., la Ley de Montes Vecinales, la de Redención de Censos en Cataluña, etc.

- a) Asegurar las resultas de un juicio.
- b) Garantizar derechos existentes, pero no definitivos o de cuantía indeterminada.
- c) Asegurar los efectos de los títulos defectuosos para cuando, una vez subsanados, puedan ser inscritos.

No obstante la superficialidad de estos conceptos, que se refieren, más que a la naturaleza de los derechos anotables o a la naturaleza de la anotación, a los efectos protectores o de garantía producidos por ésta, la generalidad de los autores se han inspirado en ellos para definir el concepto de tan importante asiento registral. Desde luego, en nuestro sistema, las anotaciones preventivas pueden perseguir cualquiera de los tres fines genéricos enunciados: asegurar los efectos de un juicio, de un derecho eventual o de un título defectuoso; pero eso es demasiado vago y la investigación moderna exige mayores concreciones, sobre todo después de los avances de la técnica germánica, en la cual confesaron inspirarse los redactores de la primitiva ley al incorporar a nuestro vocabulario jurídico el término anotación preventiva.

Para SÁNCHEZ ROMÁN (5), inspirado en la Exposición de Motivos, las anotaciones preventivas son «asientos provisionales de efectos más o menos transitorios, cuyos fines consisten ya en asegurar las resultas de un juicio, ya a garantizar la efectividad de un derecho perfecto pero no consumado, ya en preparar una inscripción definitiva y permanente».

Para GALINDO y ESCOSURA (6) son las anotaciones preventivas «unos asientos de carácter provisional que se extienden en los libros del Registro, en que constan: los títulos que afectan a la propiedad, que por carecer de algunos de los requisitos exigidos por la Ley o por cualquier otra causa no pueden ser inscritos; las reclamaciones judiciales del dominio y demás derechos reales; las responsabilidades preventivas e interinas que afectan a las fincas, y la falta de capacidad del dueño para disponer de ellas, hasta que subsanados los defectos, resueltas las reclamaciones, determinada la responsabilidad y ejecutoriada la capacidad o incapacidad del dueño, se convierta el asiento provisional en inscripción definitiva o se cancele».

BARRACHINA, citado por MORELL, dice que «la anotación preventiva es un asiento eventual, transitorio y medial que, a petición de parte, por mandamiento judicial, por disposición gubernativa o de oficio, se practica en los libros del Registro de la Propiedad sobre bienes inmuebles o

(5) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*. Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1890.

(6) LEÓN GALINDO y RAFAEL DE LA ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo II, pág. 588, Madrid, Pinto y Orovio, 1896.

sus limitaciones, para asegurar un derecho real o el cumplimiento de obligaciones, que por sus especiales circunstancias no pueden todavía inscribirse o no son susceptibles de directa inscripción».

CAMPUZANO (7), precisando más el concepto desde el punto de vista formal, nos dice que la anotación preventiva es «un asiento principal que se practica en los libros del Registro, de carácter temporal, eventual y medial, y que tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio, garantizar derechos ya existentes, pero que no son definitivos o son de cuantía indeterminada, o arbitrar un medio para que puedan inscribirse los títulos que adolezcan de defectos subsanables». Esta última parte de la definición de CAMPUZANO la considero poco afortunada, ya que la anotación por defectos ni subsana éstos ni permite, por sí sola, la inscripción del título cuando se subsane; lo que hace es retrotraer los efectos de la inscripción a la fecha de la anotación, asegurando, por tanto, el derecho anotado y luego inscrito contra los que se presenten en el Registro después de aquella fecha.

Como se observa, estas definiciones recogen la finalidad triple que según la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 tienen las anotaciones preventivas.

DÍAZ MORENO, con gran sutileza, define las anotaciones—salvo las de títulos defectuosos que, según él, desencajan del concepto y debieran denominarse *preinscripciones* o *inscripciones condicionales* (8)—como «asientos del Registro en cuya virtud se obtiene sobre bienes inmuebles ajenos e inscritos una garantía transitoria para la realización de cualquier derecho personal o real, o para afianzar el cumplimiento de una sentencia de incapacidad, cuya garantía, sin cambiar la naturaleza jurídica del

(7) FERNANDO CAMPUZANO HORMA: *Elementos de Derecho Hipotecario*, Madrid, Reus, 1931, tomo II, pág. 9.

(8) Actualmente hay dos casos de inscripciones de carácter provisional: uno, el de las inscripciones practicadas al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en tanto no se haga constar en el Registro, por nota marginal, la publicación del edicto reglamentario, pues transcurridos tres meses desde la fecha de la inscripción será cancelada ésta de oficio si no constare la publicación. El otro es el que contempla el artículo 98 del Reglamento, novedad de la última reforma parcial del mismo, respecto a las inscripciones practicadas a falta de requisitos administrativos; dichas inscripciones deben ser canceladas a los dos años de su fecha si mediante nota marginal no se ha acreditado el cumplimiento del requisito administrativo que se omitió. Este precepto, que inicialmente parecía resolver el problema de la eliminación de trabas burocráticas en torno a la inscripción, ha quedado con el paso del tiempo (dieciséis años) inoperante o de escasa utilidad. Efectivamente, cuando la ley que ha impuesto el requisito administrativo establece la nulidad absoluta del acto o contrato celebrado sin su concurrencia, el Registrador tiene que denegar la inscripción, no puede practicar esa inscripción condicional, como el propio artículo reglamentario declara. Y actualmente son pocas las leyes que no penalizan con nulidad absoluta el acto o contrato celebrado sin su cumplimiento; ejemplo reciente lo tenemos en la Ley y el Reglamento para Inversiones Extranjeras en España.

derecho anotado, será eficaz para realizarlo sobre los inmuebles a que se refiera, contra créditos y derechos posteriores».

MORELL (9) considera a las anotaciones preventivas como «garantías reales de carácter provisional que se conceden por la ley para asegurar la efectividad de determinados derechos de obligación más o menos eventuales o la inscripción en su día de derechos reales imperfectos o no inscribibles de momento».

CASSO ROMERO (10) las define como «asientos provisionales del Registro que confieren a los interesados medios transitorios de defensa o protección de derechos personales o eventuales imperfectos de índole real sobre inmuebles».

LACRUZ BERDEJO (11) dice que son «... asientos transitorios destinados a atenuar el rigor de las apariencias librarias, a reservar eventualmente un rango al derecho *in fieri* y a prevenir en todo caso a quien consulta el Registro de la posible inexactitud originaria o sobrevenida, de los asientos principales o de la afección de la finca a determinadas responsabilidades».

Por último, ROCA SASTRE (12), retocando la definición de SÁNCHEZ ROMÁN, nos dice que la anotación preventiva es un «asiento principal, provisional y en general positivo, que se practica en los libros de inscripciones y que tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio, garantizar un derecho perfecto pero no consumado o preparar un asiento definitivo».

He alargado deliberadamente las citas de definiciones para que se observe o se evidencie la dificultad del concepto de anotación preventiva. Cada tratadista consigna una diferente y podría seguir reproduciendo otras (ARAGONÉS, PANTOJA, etc.) a cuál más dispares. En lo único que hay coincidencia es que la anotación no responde a un fin unitario, igual; la diversidad de fines que trata de proteger es, a mi modo de ver, la mayor dificultad de su definición. Por todo ello opino que, para precisar

(9) J. MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, Reus, 1917, tomo III, pág. 10.

(10) IGNACIO DE CASSO ROMERO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, pág. 512.

(11) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 304.

(12) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, Bosch, tomo II, pág. 818. En la sexta edición, tomo II, pág. 831, la definición de la anotación tiene este tenor: «es el asiento extendido en los libros de inscripciones del Registro de la Propiedad, de carácter generalmente principal y caducable, cuyo objeto es la publicidad registral de situaciones inmobiliarias de contención judicial, de secuestro o prohibición judicial o administrativa de disponer y de títulos que por defectos subsanables o por otras circunstancias no pueden ser objeto de asiento de inscripción al que tienden, o bien que además tengan por objeto constituir una especial garantía registral».

el concepto, hay que partir de las ideas fundamentales de la relación jurídica-inmobiliaria y del Registro de la Propiedad inmueble.

APROXIMACION A SU FUNDAMENTO

El recurso de la anotación preventiva debe y tiene que existir en todo sistema registral evolucionado y de publicidad. Su importancia y función es evidente. Y si el sistema se caracteriza por una enérgica protección del contenido del Registro, a base del robustecimiento de los principios de fe pública registral e inscripción, su necesidad es imperiosa para detener los efectos radicales de dichos principios, en los supuestos que la ley determina.

Porque las inmunidades registrales, establecidas para la seguridad del tráfico de inmuebles y derechos reales, tienen su expresión más cabal cuando se trata de amparar al tercero que, ornado con la buena fe, confía en la exactitud de los pronunciamientos registrales. Y cuando en el Registro consta, mediante anotación preventiva, la preexistencia de un derecho en embrión, la reclamación contenciosa contra el titular registral, o cualquiera de las situaciones que pueden motivarla, sin ocasionar el cierre del Registro, el tercero no puede llamarse a engaño si su derecho, si su adquisición, cede en favor de aquel titular que obtuvo la anotación a su favor, con lo que excepcionaba la fe pública registral amparadora del primero. Si la anotación provoca el cierre del Registro, como sucede con cierta clase de estos asientos, durante la vigencia de la misma no puede surgir posterior interesado que resulte perjudicado, ya que no se inscribe ningún título traslativo del dominio o constitutivo de derechos reales por la propia fuerza de la anotación, a no ser que se apoyen en asientos anteriores a la anotación que provocó el cierre del Registro.

Creo que todo esto son conceptos elementales de nuestro sistema con los que todos debemos estar de acuerdo, pero no está de más repetirlos, ya que debido a su misma sencillez es fácil olvidarlos, con el consiguiente oscurecimiento del concepto. Entonces nos puede suceder, como decía GARRIGUES que acontecía con los actos de comercio y el Derecho mercantil, que los árboles no nos dejan ver el bosque.

Dentro de la variedad de situaciones jurídicas que se ofrecen en la realidad de la vida social, referentes a derechos no delimitados, no determinados, no conformados o simplemente provisionales o personales, la ley elige cuáles de ellos, revestidos de la forma de anotación preventiva, deben ingresar en el Registro de la Propiedad con el doble fin de su aseguramiento y publicidad. Por eso el número de anotaciones preventivas, que es limitado aunque amplio, valga esta falsa paradoja, responde al

sistema de *numerus clausus*. Sólo se practican las anotaciones preventivas que autorizan la Ley Hipotecaria, su Reglamento y otra cualquiera ley especial, en virtud de la remisión expresa que la propia Ley Hipotecaria establece en el número 10 de su artículo 42. Pues como dice LACRUZ BERDEJO (13) los supuestos de anotación preventiva los señala la ley. Es ella la que discrimina si una determinada relación es o no anotable. La susceptibilidad de anotación preventiva se determina mediante conceptos instrumentales o específicos con objeto de plegarse a las múltiples vicisitudes y variedad de las situaciones reales o cuasi-reales a que se pretende atender. De ahí la gran variedad de anotaciones preventivas y a la vez la claridad con que queda de relieve su *numerus clausus*.

De todas formas, aunque el legislador atienda a esos conceptos instrumentales o específicos, o a criterios de transitoriedad, indeterminación, aseguramiento, etc., para establecer el acceso al Registro en forma de anotación preventiva de un derecho o simplemente de un supuesto jurídico, digno de protección, parece algo vacilante e incorrecto dicho criterio; pues tenemos la experiencia de haber visto en sucesivas reformas hipotecarias la supresión de anotaciones preventivas (v. gr., la del cónyuge viudo por su legítima usufructuaria) o la creación de nuevas (v. gr., la anotación del derecho hereditario), que antes ingresaba en el Registro en forma de inscripción (inscripción del derecho hereditario *in abstracto*).

Por eso se puede decir, siguiendo a DÍEZ PICAZO (14), que en orden a derechos subjetivos o a actos o contratos a ellos referentes, su no acceso registral por la vía de inscripción, sino por el de anotación preventiva, depende del puro arbitrio del legislador, sin que esta manifestación nos cause extrañeza, ya que además de lo anteriormente expuesto sabemos que los redactores de la reforma reglamentaria dudaron si el llamado derecho de opción debía ingresar en el Registro de la Propiedad en forma de anotación preventiva o de inscripción, decidiéndose por esta última (art. 14 del Reglamento). E igualmente el arrendamiento, cuya inscripción bajo ciertos supuestos y con determinadas condiciones es per-

(13) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, antes citado.

(14) LUIS DÍEZ PICAZO: «Las anotaciones preventivas», *Revista de Derecho Notarial*, 1966. Este autor define la anotación como «asientos registrales de vigencia temporalmente limitada, que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles». ROCA SASTRE dice, en relación con la definición de DÍEZ PICAZO, que más que definir lo que hace es fundamentar o justificar la existencia de la anotación, por lo que hay que precisar más. En mi opinión, es buena definición, puesto que si tenemos en cuenta la diversidad de tipos de anotación, o hay que definirla de manera descriptiva, como lo han hecho la mayoría de los tratadistas, o hay que comprimir el concepto y poner de relieve su fundamento primordial, como hace DÍEZ PICAZO.

mitida cuando por su carácter personal, su limitación temporal y su afectación posesoria podía haber sido objeto de anotación preventiva, si nos atenemos a los criterios legislativos.

Claro está que estos derechos de naturaleza personal, pero con repercusiones reales bajo ciertas circunstancias y con determinados requisitos, en sistema de inscripción, se prestan a mantener diferentes criterios para su acceso registral, bien en forma de inscripción o bien en forma de anotación preventiva. Pero salvando estas excepciones se puede explayar la siguiente aproximación al fundamento de la anotación:

Es el Registro de la Propiedad una institución que tiene por finalidad esencial la de hacer posible, eficaz y público el comercio de inmuebles y, por tanto, deben tener acceso a él todas las relaciones jurídicas que afecten a la propiedad inmobiliaria, constituyendo, transfiriendo, modificando o extinguiendo los derechos reales sobre la misma.

Pero hay ciertas relaciones jurídicas que si no afectan de modo actual e inmediato a las entidades registrales pueden, en un desenvolvimiento ulterior o mediato, repercutir en ellas y afectarlas evidentemente.

Las primeras, las que afectan de modo inmediato, son las inscribibles, las que generan derechos reales perfectos, de titulación perfecta o declaraciones judiciales de incapacidad relativas a la libre disposición de bienes del titular. Las segundas, las que pueden afectar en un desarrollo ulterior, pueden y deben ser dignas de la protección registral, sin que lleguen a alcanzarla en su plenitud, por circunstancias independientes de la voluntad del titular; por lo cual, para no poner en peligro su efectividad debido a su no inscripción y al juego de los principios del sistema, se hace necesario concederles una protección provisoria y relativa, por razones de tutela jurídica. Desde este aspecto, y siguiendo a DÍEZ PICAZO (15), la anotación preventiva se nos presenta como una defensa contra la actuación tajante de la fe pública registral: su contenido sirve de advertencia al tercero para darle a conocer que su adquisición puede ser revocable, o por menos modificada.

Siguiendo nuestro análisis y después de lo dicho anteriormente surge el problema de determinar cuáles sean las relaciones jurídicas acreedoras de esa protección incompleta. Sintetizando las principales clases de anotaciones preventivas existentes en nuestro Derecho inmobiliario, podemos decir que son las siguientes:

- 1) Los derechos reales perfectos de titulación imperfecta.
- 2) Los derechos reales imperfectos.

(15) LUIS DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*

- 3) Los derechos reales perfectos y de titulación perfecta, pero de vida transitoria.
- 4) Los derechos personales con vocación a inmuebles o derechos reales determinados (los que se denominan *jus ad rem*).

Esto supuesto, son anotables y no inscribibles de momento dos grandes grupos de relaciones jurídicas, con lo cual comprimo más las diferencias y elimino clasificaciones:

Primero.—El integrado por relaciones jurídicas generadoras de un derecho real al que falta alguno de los supuestos necesarios para su inscripción, referentes ya a elementos civiles o registrales, ya al reconocimiento de la relación misma mediante una declaración judicial definitiva.

Segundo.—El compuesto por relaciones jurídicas generadoras de un derecho personal o de obligación al que se le adicionan ciertos efectos reales de carácter cautelar o preventivo o de garantía de tipo real accesorio.

La anotación no confiere a las relaciones jurídicas del primer grupo nada sustantivo, ajeno a la misma relación, salvo la garantía y anticipo parcial de sus futuros efectos registrales. Puede decirse que en estos casos la anotación preventiva pone en juego solamente el principio de publicidad formal, advirtiendo preventivamente a los terceros de la existencia de esas relaciones jurídicas de naturaleza real y de la posibilidad de que alcancen madurez registral y lleguen a inscribirse, y al mismo tiempo defendiendo al titular de dichas relaciones contra las consecuencias del juego de los principios registrales (arts. 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria), que le perjudicarían si no existiese constancia alguna de su derecho imperfecto en el Registro. Por eso CAPO BONAFOUS (16) dice que la anotación en este caso tiene como única función «*publicar sin constituer*», es decir, que dejan a la relación jurídica anotada en su mismo estado anterior, sin otro refuerzo que los beneficios de la publicidad.

En cambio, en las anotaciones del segundo grupo la relación jurídica causal generadora de un derecho obligacional se refuerza con un derecho accesorio de efectos reales, que es lo que realmente se anota en el Registro, pues en éste, como es sabido, no tienen acceso directo los simples derechos personales. Estas anotaciones, según frase del autor últimamente citado, «*publican constituyendo*», es decir, hacen efectivo el juego del principio de publicidad en cuanto sirven de advertencia a ter-

(16) EDUARDO CAPÓ BONAFOUS: «Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho Hipotecario español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1933, páginas 196 y ss.

ceros y al mismo tiempo constituyen un nuevo derecho accesorio robustecedor de la relación jurídica obligatoria causal.

Con todo lo expuesto se puede intentar precisar un concepto genérico del asiento de anotación preventiva que sirva como definición general, diciendo que es un asiento principal y provisional, extendido en los libros de inscripciones, por el cual se hacen públicas y aseguran su eficacia ciertas relaciones jurídicas generadoras de derechos reales no inscribibles todavía o generadoras de derechos personales reforzados por la Ley con efectos reales accesorios.

Y desde el punto de vista de su fundamento, la anotación preventiva la definiría de esta manera: son arbitrios registrales para situaciones jurídicas interinas y anormales que excepcionan de la fe pública registral, asegurando a sus titulares.

CARACTERES COMUNES DE TODA ANOTACION EN NUESTRO SISTEMA

Dada la heterogeneidad de anotaciones reguladas por nuestra legislación, sólo cabe señalar unas cuantas características comunes a todas ellas.

En cuanto a características formales:

- a) La anotación es un asiento *principal*, como la inscripción y la cancelación, pero no definitivo como éstas, sino provisional por ser de duración temporal limitada. La ley señala los plazos de su duración según los casos.
- b) La anotación es también un *documento público* y fehaciente, en cuanto a sí misma, pero no se puede decir esto en cuanto a los derechos anotados que no son garantizados por la anotación.
- c) Es *pública*, en el sentido de la publicidad formal, que tiene justamente una de sus más efectivas aplicaciones en el mecanismo de la anotación preventiva.
- d) Es un asiento *medial* (BARRACHINA, CAMPUZANO), ya que no pone término al procedimiento registral, sino que sirve siempre de medio para un asiento posterior: bien de conversión en inscripción definitiva, bien de cancelación o bien de una inscripción derivada, como sucede en una inscripción de venta en subasta judicial a consecuencia de embargo anotado preventivamente, si bien

en estos casos también se practicará el asiento cancelatorio de la anotación.

Como características materiales:

- a) La anotación es *eventual*, puesto que por no referirse a derechos reales perfectos pueden en definitiva quedar sin efecto por no llegar a la perfección necesaria para su inscripción registral. El demandante que anota su demanda puede vencer en juicio y justificar en debida forma su derecho; pero puede ser desestimada su acción, absuelto el demandado y extinguirse su pretendido derecho. El que tiene un título defectuoso puede subsanar sus defectos o no hacerlo. El legatario anotante puede o no percibir su legado, etc. (17).
- b) La anotación *carece de sustantividad*, y no vale ni puede valer más que lo que valga el derecho anotado, que no se legitima por aquélla; pues la anotación se limita a asegurar temporalmente la posible efectividad del derecho anotado contra otros derechos posteriores (18).
- c) La anotación es en principio *transferible* a tenor del párrafo primero del artículo 20 de la Ley, pero sólo en realidad en ciertos casos de excepción.
- d) Es *prescriptible*, precisamente por su carácter de temporalidad, cuando transcurra el plazo legal de su duración, o cuando caduque o prescriba el derecho anotado.

PRECEDENTES DE LA ANOTACION

Según explícita confesión de los redactores de la Ley de 1861, el Derecho germánico sirvió de base para la introducción en nuestro sistema inmobiliario del mecanismo técnico de la anotación preventiva.

El sistema alemán conocía la anotación debido a que la rigurosa aplicación de los principios inmobiliarios imperantes en el sistema darían lugar a verdaderas expoliaciones, insolvencias voluntarias, por ejemplo, que

(17) En este sentido se pronuncia el artículo 206 del Reglamento Hipotecario, que ordena la cancelación de la anotación preventiva cuando ya no es necesaria por haber cumplido su finalidad aseguradora positivamente, o, por el contrario, cuando no haya surtido efecto.

(18) Para estudiar los efectos de la anotación (de embargo principalmente) sobre títulos *anteriores* no inscritos, véase ROCA SASTRE en sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*.

repugnarían a la intuición jurídica popular y redundarían en descrédito del sistema, por lo cual admitieron los asientos provisionales para asegurar la eficacia de las acciones conducentes a modificar el estado registral y nacidas fuera del Registro. Antes del Código alemán se conocían las prenotaciones, en las que se inspiraron nuestros primitivos legisladores, las protestas, las defensas, las inhibiciones, etc., medios registrales todos de carácter preventivo (19). En el Código se admitieron dos clases de anotaciones: unas de origen real y rectificadoras, consistentes en asientos provisionales que protegen la inscripción de los derechos que tienen vida real y son opuestos a los que figuran inscritos en el Registro, y que por contradecir lo expresado por éste se denominan *contradicciones* (*Widerspruchen*); y otras, de origen obligacional y complementarias, que garantizan las acciones personales tendentes a inscripciones o cancelaciones registrales que se denominan *anotaciones* (*Vormerkungen*).

Ya se ha dicho que el término anotación preventiva fue introducido en nuestra legislación por la Ley de 1861, e inspirándose sus redactores en la prenotación del Derecho germánico. Sin embargo, según han puesto de relieve los estudiosos del Derecho hipotecario, la palabra anotación, en un sentido semejante al actual, fue empleada por una Pragmática de Pedro III en 1339, en la que se dispuso que en Cataluña se *anotasen* los bienes de los criminales para que no pudieran enajenarlos. Se habla también como precedente de la anotación preventiva, de la llamada procesalmente «vía de asentamiento», establecida por el Fuero Real, por virtud de la cual se ponía al demandante en posesión de los bienes litigiosos cuando era el demandado declarado rebelde, y la cual fue sustituida por el procedimiento en rebeldía.

Pero parece que el antecedente inmediato de las anotaciones preventivas, al menos de las judiciales, es la llamada *hipoteca judicial*, a la que expresamente se refiere la Exposición de Motivos de la primitiva Ley, al decir que «dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído la Comisión que a la denominación antigua de hipoteca judicial debía sustituir la de anotación preventiva para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida».

(19) Véanse los estudios de don JERÓNIMO GONZÁLEZ sobre los antecedentes germánicos de nuestro sistema.

CLASIFICACIONES DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

Por ser tan numerosas y de tan diversa índole las anotaciones preventivas admitidas por nuestras leyes, lo interesante es clasificarlas en grupos de características comunes, que permiten su más fácil estudio posterior.

Antes ha quedado expuesto que las anotaciones pueden dividirse, atendiendo a las relaciones jurídicas garantizadas, en dos grandes grupos:

- 1) Las que aseguran la eficacia de relaciones generadoras de derechos reales que no pueden inscribirse.
- 2) Las que aseguran la eficacia de relaciones generadoras de derechos personales o de obligación reforzados con efectos reales accesorios.

Atendiendo a las entidades registrales a que afectan, las anotaciones pueden clasificarse en:

- 1) Las que recaen sobre fincas y derechos determinados, como por ejemplo la del legatario de inmueble específico, la de demanda sobre la propiedad de una finca determinada, etc.
- 2) Las que recaen sobre cualesquiera fincas o derechos inscritos a nombre del obligado, como, por ejemplo, las de prohibición de enajenar o secuestro, las de demanda de incapacidad, etc.

En general, las anotaciones que garantizan derechos reales recaen sobre bienes o derechos determinados, y las que garantizan derechos de obligación recaen sobre bienes indeterminados del deudor.

Atendiendo a sus efectos registrales desde un punto de vista formal, pueden las anotaciones ser:

- 1) Convertibles en inscripciones, cuando son precursoras de inscripciones definitivas y surten, por anticipado los efectos de éstas.
- 2) No convertibles, cuando son aseguradoras de un derecho personal tutelado judicialmente o de la efectividad de ejecuciones judiciales o administrativas. Hay que hacer la salvedad que algunas de esta clase, aunque no se conviertan en inscripciones, pueden originar inscripciones derivadas.

La clasificación más usual y de carácter más práctico es la que las diferencia atendiendo al origen o fuentes de las mismas en:

- 1) Rogadas.
- 2) De oficio.

Según que se pida al Registrador la extensión de la anotación o que dicho funcionario deba practicarlas por sí mismo, en virtud de mandato legal o reglamentario. A su vez las rogadas se subdividen en:

- 1') Voluntarias o convencionales.
- 2') Judiciales.
- 3') Gubernativas.

El hipotecarista CAMPUZANO (20) hace una exposición muy completa de las de cada clase, a la que me remito para no extender en demasía este estudio.

Por último, la clasificación más técnica es la que CAPÓ BONAFOUS nos da en su trabajo «Apuntes sobre la anotación preventiva», y que es la siguiente:

- 1) Anotaciones de mera publicidad.
- 2) Anotaciones constitutivas.

Hay que convenir que esta clasificación es muy acertada y toda la diversidad de anotaciones encajan en alguno de los dos grupos. Ahora bien, me permito añadir un tercer grupo, que segrego de los dos anteriores, y así queda la clasificación más completa a mi juicio. Me refiero a las anotaciones que denomino *sustitutivas*, que son aquellas que tienen por principal misión hacer durante su vigencia las veces de una inscripción, de otra anotación, de una cancelación y de una nota marginal, para que si llegan a convertirse en esa clase de asientos definitivos surtan sus efectos desde la fecha de la anotación sustitutiva; y si se cancelan habrán servido de garantía del derecho anotado hasta su extinción.

A continuación expondré en un cuadro sinóptico, que recoge clara y sucintamente esta clasificación trimembre de las anotaciones preventivas legales y reglamentarias atribuidas a cada uno de los grupos con la cita del artículo legal o reglamentario que las autoriza:

(20) FERNANDO CAMPUZANO HORMA, *ob. cit.*

ANOTACION PREVENTIVA

De mera publicidad

De *demanda* = artículo 42-1.º de la Ley.
 De *secuestro* = artículo 42-4.º de la Ley.
 De *prohibición de enajenar* = artículo 42-4.º de la Ley.
 De *incapacidad* = artículo 42-5.º de la Ley.
 De *aprovechamiento de aguas por prescripción* = artículo 70 del Reglamento.
 De *suspensión de pagos, concurso o quiebra* = artículo 142 del Reglamento.
 De *derecho hereditario* = artículo 42, número 6 de la Ley.

Constitutivas..

De *embargo* = artículo 42, núms. 2.º y 3.º, de la Ley y 25 del Reglamento.
 De *legado* = artículo 42, núm. 7.º, de la Ley.
 De *créditos refaccionarios* = artículo 42, número 8.º, de la Ley.
 De *acreedores en adjudicaciones para pago de deudas en herencias, etc.* = artículo 45, párrafo 2.º, de la Ley.

Sustitutivas ...

De *inscripciones* = artículos 20, párrafo 3.º; 42, núm. 9.º, de la Ley, y también el 171, párrafo 2.º, de la Ley, y artículo 32, 3.º; 103 y 161 del Reglamento.
 De *anotaciones* = artículos 140, 2.º, y 164 del Reglamento.
 De *cancelaciones* = artículo 200 del Reglamento.
 De *nota marginal* = No es conveniente incluir esta clase, ya que si bien el artículo 163 del Reglamento habla de la nota marginal preventiva, ésta no es una propia anotación como lo son las tres anteriores.

CIRCUNSTANCIAS FORMALES DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

Las anotaciones preventivas tienen unas circunstancias formales que son comunes a toda clase de ellas y otras que son especiales de cada tipo de anotación.

La forma común de la anotación es, en términos generales, la misma de la inscripción, por cuanto ambas son asientos principales que se extienden en el mismo lugar de los mismos libros registrales. Las inscripciones se numeran correlativamente con números ordinales, las anotaciones se designan con letras, según riguroso orden alfabético. Así el artículo 72, párrafo primero de la Ley Hipotecaria dice: «Las anotaciones

preventivas contendrán las circunstancias que se exigen para las inscripciones en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados para exigir las mismas anotaciones». Y el artículo 372 de su Reglamento ordena que: «Los asientos relativos a cada finca se numerarán correlativamente, y si se tratare de anotaciones preventivas se señalarán con letras por riguroso orden alfabético».

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL critica justamente la norma contenida en el artículo 72 de la Ley Hipotecaria que he transcrito (21) diciendo que es poco feliz ya que concede cierta laxitud formal al asiento de anotación, que puede carecer de algunas de las circunstancias requeridas para la inscripción, si tales circunstancias no se contienen en el título generador de la anotación. Y tratándose de anotaciones de origen judicial aún llega a mayor grado la tolerancia legal, pues el artículo 73 (22), refiriéndose a anotaciones judiciales, concede mayor libertad formal.

Mi opinión sobre estos dos artículos de la Ley Hipotecaria es la siguiente: A las anotaciones preventivas de origen extrajudicial se les debe exigir las mismas circunstancias formales que a las inscripciones y con el mismo rigor, ya que no hay razón suficiente para lo contrario, salvo en las tomadas por defectos subsanables que como es lógico faltará el requisito por cuya falta se toman las mismas; en cuanto a las anotaciones de origen judicial puede y debe haber mayor laxitud y no exigir con rigor dichas circunstancias, pues aun teniendo en cuenta los principios hipotecarios, el interés de las partes litigantes y el propio prestigio de los Tribunales, es deber inexcusable de todo organismo público o privado coadyuvar a la recta administración de la justicia, soslayando en lo posible los defectos formales que puedan afectar a los mandamientos judiciales. Así lo tiene entendido la jurisprudencia de la Dirección General, que en varias Resoluciones ha considerado no ser defectos subsanables: la incompleta descripción de los inmuebles afectados por la anotación, la falta de expresión de circunstancias personales en los interesados y aun la omisión de algún otro requisito (23).

(21) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al Reglamento Hipotecario*, tomo II, pág. 209.

(22) El artículo 73 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo primero, dice así: «Todo mandamiento judicial disponiendo hacer una anotación preventiva expresará las circunstancias que deba ésta contener, según lo prevenido en el artículo anterior, si resultasen de los títulos y documentos que se hayan tenido a la vista para dictar la providencia de anotación».

(23) Son varias las Resoluciones de la Dirección General en esta línea; baste citar algunas de las más recientes. La de 28 de marzo de 1969 establece que no es defecto el no describir los linderos de la finca, objeto de la anotación, si ha sido identificada por el Registrador, dado lo dispuesto en los artículos 72 y 73 de la Ley Hipotecaria. La de 13 de julio de 1971 dijo no ser defecto la no expresión de circunstancias personales de los interesados en las anotaciones.

Tenemos, por tanto, que las anotaciones preventivas, en general, deben tener iguales circunstancias formales que las inscripciones. Pero además, según su clase, contendrán otras circunstancias que determina el artículo 166 del Reglamento Hipotecario para las siguientes especies de anotación: de embargo, de secuestro, de demanda, de concurso o quiebra, de prohibición de enajenar, de incapacidad de las personas, de legados, de créditos refaccionarios y de créditos que consten en escritura pública o por sentencia firme a favor de acreedores.

Sabiendo que pueden producir anotaciones preventivas documentos y mandamientos en los que no consten todas las circunstancias previstas para las inscripciones (arts. 72 y 73 de la Ley), es interesante determinar cuáles serán entonces las circunstancias esenciales de la anotación, es decir, las que han de expresarse para que sea válida. Esto lo resuelve el artículo 75 de la Ley Hipotecaria al expresar que «la anotación preventiva será nula cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado, de la persona a quien afecte la anotación o de la fecha de ésta».

Ahora bien, estas tres circunstancias son de tal entidad que difícilmente es concebible su inexistencia. En efecto, si no se sabe la finca o derecho a que la anotación afecta, no será posible practicarla en el registro especial de una determinada entidad registral; si no se sabe la persona a quien afecta o favorezca, faltará la designación de titular, elemento personal básico de toda relación jurídica registral, y si no consta la fecha, como la anotación es temporal y muchas veces a plazo cierto, tampoco se podrá determinar su efectividad o duración, por lo que en ambos casos también será imposible practicarlas. Por todo ello, creo que existen otras circunstancias que pueden reputarse de esenciales, si bien a tenor de la disposición legal su falta no acarree la nulidad de la anotación, aunque parezca extraño. Si, por ejemplo, falta en el título anotable el importe de la responsabilidad que haya de asegurar la anotación o la expresión del objeto para el cual se extiende, deberá suspenderse la misma, pero en el caso de haberse anotado, según la Ley no sería nula la anotación, pero lo que sí parece es que sería ineficaz.

Es de advertir, respecto a la fecha de las anotaciones en cuanto a su propia duración temporal, que esta fecha es la de su práctica (24) y

(24) En cuanto a la caducidad de las anotaciones preventivas, el artículo 86 de la Ley Hipotecaria establece que: «las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo aquellas que tengan señalado un plazo de caducidad más breve...». Como casos de caducidad más breve se pueden citar: la anotación a favor del legatario que no lo sea de especie, que es de un año; las de defectos subsanables, que duran sesenta días; la del acreedor refaccionario, que caduca a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción, etc.

no se retrotrae a la del asiento de presentación, la cual sólo se tiene en cuenta para su efectividad con arreglo a los principios del sistema. Y que, respecto a la cuantificación de los derechos asegurados, debe siempre expresarse el importe de la obligación que hubiere originado la anotación, sea de embargo o de secuestro o de crédito refaccionario. Lo que no es necesario en las anotaciones preventivas es la distribución de la responsabilidad entre los diferentes bienes anotados, aunque se pueda distribuir la responsabilidad entre dichos bienes y ser anotados con esa responsabilidad particular, según lo establece el artículo 167 del Reglamento Hipotecario.

ANOTACIONES DE SUSPENSION

Del mismo modo que cuando un título inscribible contiene defectos que impiden la inscripción se anota preventivamente, cuando un título anotable contiene defectos que impiden la anotación se *anota de suspensión*. Es decir, la anotación de suspensión es respecto a las anotaciones preventivas lo que la anotación preventiva por defectos subsanables es respecto a las inscripciones. Se refiere a casos de superposición de una anotación por defectos y otra anotación por cualquiera de las causas que pueden motivarlas.

Las anotaciones preventivas que se tomen por suspensión de otras anotaciones solicitadas en primer término se extenderán en la misma forma en que hubieran podido extenderse, en su caso, las principales, añadiendo que se suspende el asiento pretendido por existir defectos subsanables y expresándose cuáles sean. Estas anotaciones caducarán una vez transcurridos los plazos que establece el artículo 96 de la Ley (25); estos plazos son de sesenta días o, caso de prórroga judicial, ciento ochenta días si no se hubieren subsanado los defectos expresados.

Hay que advertir que también puede hablarse de anotaciones preventivas de suspensión, refiriéndose, como lo hace el Reglamento, a las tomadas por defectos subsanables que dan lugar a la «suspensión» de la inscripción; pero, para evitar confusiones, el uso generalizado denomina a éstas «anotaciones preventivas por defectos», y reserva la denominación de «anotaciones de suspensión» a las tomadas por defectos que determinan la suspensión de otra anotación preventiva.

Las anotaciones de suspensión tienen la calidad de *rogadas*, aunque procedan de mandamientos judiciales, puesto que si éstos son defectuosos solamente se extienden aquéllas si los interesados lo solicitaren; se ex-

(25) Así lo establece el artículo 169 del Reglamento Hipotecario.

ceptúan las de embargos por causas criminales, en cuyo caso se practicarán *de oficio*, sin necesidad de solicitud por parte de los interesados; también se exceptúan las anotaciones de suspensión por débitos a la Hacienda Pública, en la que el Estado tiene un interés directo.

Su forma y efectos, respecto al derecho anotable, son idénticas a las anotaciones preventivas por defectos, respecto al derecho inscribible.

Finalmente hay que tener presente que no siempre la omisión total de la descripción de las fincas sobre que recae una anotación constituye defecto que determine una anotación de suspensión. Cuando la anotación preventiva deba comprender todos los bienes de una persona, como en los casos de incapacidad y otros análogos, el Registrador anotará todos los que se hallen inscritos a su favor (26), y en las anotaciones que se practiquen se expresará aquella circunstancia, y refiriéndose, en cuanto a la descripción y cargas del inmueble, a las correspondientes inscripciones, según determina el artículo 171 del Reglamento.

CONVERSION DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN INSCRIPCIONES

Supuesto el concepto de la anotación preventiva, y en cuanto ésta asegura a veces derechos reales imperfectos o defectuosos, no inscribibles de momento, y otras veces derechos personales reforzados con algún efecto real, es evidente que con relación a los derechos asegurados pueden ocurrir dos cosas: o que desaparezcan y se extingan, o que se hagan firmes y definitivos, consolidándose por haberse perfeccionado o subsanado. En el primer caso la anotación preventiva garantizadora debe también extinguirse o caducar, procediendo su cancelación formal; en el segundo, por el contrario, procede su conversión en inscripción.

La ley, en su artículo 85, expresa esta doctrina con escasa fortuna. «La anotación preventiva se cancelará no sólo cuando se extinga el derecho anotado, sino también cuando en la escritura se convenga o en la providencia se disponga convertirla en inscripción definitiva». En este texto se habla de inscripción definitiva innecesariamente, pues bastaba referirse tan sólo a la conversión de la anotación en inscripción, sin calificativos, ya que en nuestro sistema la inscripción ha de considerarse siempre como un asiento definitivo (27). Y, lo que es peor, el texto supone

(26) Determinado así por el párrafo segundo del artículo 73 de la Ley Hipotecaria.

(27) También el Reglamento en su artículo 206, número 11.º, incide en el mismo error, o mejor, falta de precisión, pues dice que procederá la cancelación de la anotación preventiva si la anotación se convirtiere en inscripción definitiva a

que la anotación se cancela cuando se convierte en inscripción, siendo así que en tal caso, lejos de cancelarse, se le da al asiento una virtualidad y firmeza de que carecía: la forma registral provisional se convierte en forma definitiva. Lo cierto es que la anotación convertida no se cancela formalmente y que conserva cierta virtualidad: en el asiento de conversión (inscripción de referencia lo denomina el artículo 196 del Reglamento) se omiten bastantes circunstancias, porque ya constan en el de anotación, y la fecha de ésta es la que determina los efectos de aquél, conforme al artículo 70 de la ley, lo que prueba que la anotación tiene todavía subsistencia. Sólo en un sentido figurado, en el de que el asiento de anotación se sustituye por otro—por el de conversión—es admisible la doctrina legal.

Conviene observar también que no siempre la anotación se cancela por extinción del derecho anotado o por su conversión en inscripción, pues hay casos en los que al hacerse efectivo el derecho garantizado la anotación no se convierte en inscripción, sino que da origen a una nueva inscripción, como, por ejemplo, la de enajenación al mejor postor de la finca embargada; si bien, en estos supuestos, la anotación debe cancelarse, por haberse extinguido el derecho del acreedor anotante respecto a la finca anotada.

Es la conversión la operación registral por la que se da virtualidad y permanencia al derecho accidental y transitoriamente protegido por la anotación. La ley no regula de modo general esta operación, sino únicamente con relación a las conversiones de las anotaciones de legado (28) y de créditos refaccionarios, y sólo contiene la regla general del artículo 84 declarando la competencia para ordenar la conversión, a favor del mismo Juez o Tribunal que hubiere mandado hacer la anotación o el que le haya sucedido legalmente en el conocimiento del negocio que diere lugar a ella. El Reglamento desarrolla, en cambio, la doctrina general de la conversión (29).

La anotación preventiva podrá convertirse en inscripción cuando la persona a cuyo favor estuviere constituida adquiera definitivamente el derecho anotado. Esta conversión se verificará haciendo una inscripción de referencia a la anotación misma, en la cual se exprese:

- 1.º La letra y folio, en su caso de la anotación.
- 2.º La manifestación de que la anotación se convierte en inscripción.

favor de la misma persona en cuyo provecho se hubiese aquélla constituido, o de su causahabiente, bien de oficio o a instancia de parte.

(28) Último párrafo del artículo 49 y también último del 64, ambos de la Ley Hipotecaria.

(29) Artículo 196 del Reglamento Hipotecario.

- 3.º La causa de la conversión.
- 4.º El documento en virtud del cual se verifique dicha conversión, si fuere necesario para practicarla.
- 5.º Referencia, en su caso, al nuevo asiento de presentación.
- 6.º Fecha y firma del Registrador.

No es ocioso advertir que la conversión ha de practicarse precisamente antes de haber expirado el plazo de vigencia de la anotación, o por lo menos dentro de este plazo ha de haberse presentado el título que produzca la inscripción de conversión, cuya fecha se retrotrae para todos los efectos a la de la anotación, o sea, a la de presentación del título anotado. La jurisprudencia de la Dirección General así lo tiene confirmado en diversas Resoluciones.

Del mismo modo que las anotaciones preventivas se convierten en inscripciones, las anotaciones de suspensión, motivadas por defectos subsanables, se convierten en anotaciones preventivas cuando los defectos se subsanan.

La operación de conversión, por consistir efectivamente en una inscripción, requiere, según el artículo 85 de la ley, que la equipara a la cancelación, escritura pública o providencia judicial, pareciendo que no es suficiente una solicitud, aunque por solicitud se hubiese constituido la anotación. Mas lo cierto es que las anotaciones de derechos reales perfectos de titulación imperfecta y las motivadas por obstáculos del Registro (falta de índices, imposibilidad del Registrador, falta de previa) se convierten en inscripciones, sin necesidad de escritura ni de mandato judicial, sino unas veces de oficio y otras mediante la simple presentación de un documento complementario indispensable. El artículo 197 del Reglamento dicta cinco reglas para la conversión de las anotaciones en otros tantos casos. Así tenemos que las anotaciones por defectos subsanables se convertirán mediante los documentos acreditativos de la subsanación o los correspondientes documentos complementarios. La tomada por imposibilidad del Registrador se hará de oficio tan pronto hubiere cesado la causa o desaparecido el obstáculo que la motivó. La del legatario de bienes inmuebles determinados propios del testador, mediante la escritura pública en que conste la entrega del legado o, en su defecto, la resolución judicial correspondiente. La del legatario de rentas o pensiones periódicas mediante la escritura de partición en la que se le haya adjudicado el inmueble gravado por la pensión; en su defecto, la correspondiente escritura pública otorgada por el heredero o legatario gravado y el pensionista, o en su caso la sentencia recaída en el juicio declarativo o en el incidente de juicio de testamentaría. Y por último, si se trata de anotacio-

nes a favor de acredores refaccionarios, se presentará la escritura pública otorgada por el acreedor y el deudor o en su defecto la sentencia recaída en el juicio a que se refiere el artículo 95 de la ley.

Cuando se trata de anotaciones subordinadas, o sea, las practicadas como consecuencia de la transferencia del derecho anotado, cuya sucesiva transmisión, en los casos que es posible, determina sucesivas anotaciones, la conversión en inscripción de la primera anotación, o anotación-base, determina la conversión de todas las derivadas.

RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA

Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

II. Resoluciones y sentencias

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

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

2. NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA OTORGADA POR EL SUSTITUTO DE UN APODERADO, EN NOMBRE DEL PODERDANTE Y A FAVOR DEL APODERADO COMO COMPRADOR, AUN CUANDO EL PODERDANTE, DUEÑO DE LAS FINCAS VENDIDAS, HUBIESE FACULTADO AL APODERADO PARA NOMBRAR SUSTITUTO.

Resolución de 30 de julio de 1976 (B. O. del E. de 1 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Marbella el 2 de abril de 1974, por el Notario don Luis Oliver Sacristán, doña Guadalupe Corral García otorgó poder al recurrente, don Francisco Corral Tarifa, confiriéndole, entre otras facultades, la de enajenar bienes de todas clases, incluso inmuebles, así como la de poder nombrar sustituto; el apoderado, señor Corral Tarifa, en uso de esta última facultad, sustituyó tal poder a favor de don Pedro Maldonado Aranda, mediante escritura autorizada por el Notario de Granada don Miguel Olmedo Medina el 11 de julio de 1974, con el número 1.461 de su protocolo, y por escritura autorizada por el mismo Notario de Granada en la misma fecha, con el número 1.462 de protocolo, el sustituto, don Pedro Maldonado, vende al propio mandatario, don Francisco Corral, dos fincas urbanas sitas en Marbella, por el precio global de 400.000 pesetas.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Marbella primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la

inscripción del presente documento por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.459, número 2, del Código civil. Defecto insubsanable.»

Don Francisco Corral Tarifa interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que no es de aplicación al presente caso el artículo 1.459.2.º del Código civil, pues la prohibición contenida en el mismo no se refiere al supuesto en que el mandatario no actúa con la doble personalidad de comprador y vendedor, manifestándose en este sentido la sentencia de 17 de junio de 1920, y citando también en apoyo de su tesis las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956 y 22 de febrero de 1958.

El Registrador informó que el artículo 1.459 del Código civil prohíbe taxativamente a los mandatarios adquirir por compra por sí ni por persona alguna intermedia los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados; que de los requisitos que el mismo Código establece en los artículos 1.445 y siguientes al tratar de la naturaleza y forma del contrato de compraventa, aplicados al caso controvertido, cabe decir que en el mismo no existe consentimiento, es decir, voluntad acorde del comprador y vendedor, compareciendo sólo en la escritura el mandatario y el sustituto, los cuales, ante el mismo Notario, en la misma fecha y número consecutivo de protocolo hacen la sustitución y la compraventa de las dos fincas, siendo evidente que si la voluntad de doña Guadalupe Corral hubiera sido la de vender sus bienes a don Francisco Corral, lo hubiera hecho al comparecer en la Notaría de don Luis Oliver, en vez de limitarse a conferirle un poder; que por la forma de realizarse la compraventa resalta la connivencia de los otorgantes y la finalidad de la operación; que en relación con el precio señalado por mandatario y sustituto es muy inferior al real de las fincas urbanas objeto de la venta; que si, conforme a la sentencia de 23 de abril de 1960, «para el comprador la causa es la cosa y para el vendedor el precio», al fijarse éste en circunstancias tales que no corresponden al verdadero de las fincas vendidas, queda viciada la causa y provoca la carencia de requisitos esenciales del contrato; que es criterio reiteradamente mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la disposición del párrafo 2.º del artículo 1.459 es una protección de estricta moralidad a las personas que han confiado a otras la administración de sus bienes, establecida con carácter general para obviar las dificultades probatorias de cada caso concreto, produciendo su violación la nulidad de pleno derecho del acto o negocio celebrado (sentencias de 10 de marzo de 1953 y 27 de mayo de 1959).

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador declarando que es indudable que el mandatario, aun después de nombrar un sustituto, sigue conservando su posición de representante a todos los efectos que le fueron conferidos en tanto no los dimita, entendiendo que la sustitución no desliga al apoderado de sus deberes frente al principal, es obvio que el recurrente no perdió en ningún instante esta condición y continuó encargado de la administración o enajenación de los bienes de su constituyente que fueron objeto del contrato, por lo que está incurso en la prohibición contenida en el número 2 del artículo 1.459 del Código civil.

Interpuesta apelación por el recurrente, la Dirección General acordó confirmar el auto apelado y la nota del Registrador (1) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—Conferido por la propietaria de unos inmuebles a favor de otra persona poder para enajenarlos, con facultad por parte del apoderado de poder sustituir a un tercero en su lugar, la

(1) VISTOS los artículos 1.459, 1.721 y 1.723 del Código civil y las Resoluciones de 13 de noviembre de 1895, 22 de agosto y 3 de septiembre de 1907 y 23 de enero de 1943

cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si es inscribible la escritura de compraventa otorgada en nombre de la vendedora por el sustituto designado por el apoderado, y en la que este último aparece como comprador de las indicadas fincas.

Es indudable que el hecho de nombrar un sustituto, acto para el que se hallaba debidamente autorizado, no desliga al representante o mandatario de este carácter frente a su mandante en tanto no renuncie al mandato o se produzca alguna de las otras causas que provocan su extinción, circunstancias que no han tenido lugar en este supuesto, pues la facultad de sustitución viene a suponer, por el contrario, una mayor confianza personal en el mandatario para que pueda llevar a término el encargo o misión encomendados.

Al seguir ostentando el apoderado esta cualidad es indudable que no puede adquirir para sí los inmuebles de cuya administración y enajenación estaba encargado, por entrar de lleno en la prohibición establecida en el número 2 del artículo 1.459 del Código civil y no darse ninguno de los supuestos de autocontratación permitidos en nuestra legislación.

COMENTARIO.—I. Si lo bueno breve es dos veces bueno, según la prologada frase de GRACIÁN, la resolución a comentar ha de estimarse óptima por haber bastado dos breves considerandos (el otro no es sino el planteamiento del caso) para resolver el supuesto planteado, en el que confluyen dos figuras jurídicas muy conflictivas: el autocontrato y la sustitución de poder.

La doctrina de ambos considerandos puede resumirse así: Se ha producido el supuesto prohibido por el artículo 1.459, 2.º, del Código (un mandatario ha comprado bienes de cuya enajenación estaba encargado), porque el mandatario apoderado, aunque nombre sustituto, usando la facultad que para ello se le ha concedido, sigue ostentando la cualidad de apoderado frente a su mandante en tanto el mandato no se extinga por cualquier causa.

Pero aunque digna de alabanza por su brevedad y probablemente acertada en su fallo para el caso concreto, creemos que los considerandos, en su texto literal, hacen afirmaciones excesivamente absolutas y seguras, por lo que estimamos conveniente hacer algunas puntualizaciones indicativas de que no hubiesen sobrado en la resolución algunas frases más, dirigidas a advertir que la figura de la sustitución de mandato puede presentar características muy diversas y la solución acaso no deba ser idéntica en todos los supuestos.

La argumentación del recurrente, si nos atenemos al correspondiente resultando, es también notablemente parca. No obstante, su base jurisprudencial es sólida y acaso debió ser expresamente desvirtuada por algún considerando. En efecto, el Tribunal Supremo no ha estimado aplicable la prohibición del artículo 1.459, 2.º, cuando el mandatario no interviene al mismo tiempo con la doble personalidad de vendedor y comprador y concretamente en dos casos, por lo menos: Cuando el mandante vendedor es el que directamente vende (sentencias de 3 de junio de 1949 y de 27 de mayo de 1959) y cuando el mismo aparece representado por otro mandatario distinto del mandatario comprador (sentencia de 17 de junio de 1920) (2). No hay duda de que el *dominus* aparece en la venta representado por el sustituto, que al fin y al cabo no deja de ser mandatario distinto del mandatario comprador.

Demostración de que no era tan endeble la argumentación del recurrente la encontramos en el informe del Registrador, que tiene que replegarse

(2) Ver también las Sentencias de 10 de marzo de 1953 de criterio un tanto distinto a las citadas en el texto. Y en cuanto al criterio general de interpretación estricta y nunca extensiva o analógica del artículo 1.459, 2.º, ver la de 22 de febrero de 1958, también citada por el recurrente, y la de 3 de mayo de 1960.

a la segunda línea: texto literal del artículo, alegación encubierta de la simulación de la sustitución, connivencia de los otorgantes, precio inferior al valor que desemboca en vicio de la causa (sentencia de 23 de abril de 1970) y finalidad de amplia protección del precepto, cuya violación ocasiona nulidad de pleno derecho (sentencias de 10 de marzo de 1953 y de 27 de mayo de 1959, cuya cita por el Registrador estimamos aventurada, pues ésta vino a confirmar las de 17 de junio de 1920 y 3 de junio de 1949, que antes citamos, rechazando el criterio de la de 10 de marzo de 1953).

Por todo ello, aunque repetimos que probablemente para el caso concreto el fallo de la resolución sea justo y acertado, no hubiese estado de más una consideración más completa de los dos problemas fundamentales del caso: si el defecto era realmente insubsanable o cabía una ratificación de la venta por doña Guadalupe y si, *en todo caso*, el mandatario que sustituye continúa siendo mandatario que puede incidir en la prohibición del artículo 1.459, 2.º

2. En cuanto al primer problema, al confirmarse la nota del Registrador, se está dándole la razón en todo, incluso en la calificación de defecto insubsanable que había hecho. A mayor abundamiento, el último considerando afirma que se trataba de un apoderado que compraba al sustituto contra la prohibición del artículo 1.459, 2.º, del Código, sin darse ninguno de los supuestos de autocontratación permitidos en nuestra legislación. Implícitamente parece estimarse, por tanto, que la vulneración del precepto, en relación con el artículo 6.º, 3, del Código, origina una nulidad absoluta de imposible convalidación; pero la frase final del considerando, aunque poco expresiva de los supuestos permitidos de autocontratación que podían excluir, evitar o sanar la vulneración del artículo 1.459, resulta un tanto contradictoria, en cuanto tiende a reconducir al terreno general del autocontrato las prohibiciones de dicho artículo, y concretamente la de su número 2.º

La formulación general de la admisión restringida del autocontrato y de las prohibiciones concretas del mismo va haciéndose con éxito vario en las diversas legislaciones y códigos. El *Código francés*, como el nuestro, aparte de normas directamente encaminadas a prevenir la colisión de intereses en materia de tutela, patria potestad, etc., contiene una serie de prohibiciones de comprar similar a la de nuestro artículo 1.459; la pena es también la nulidad; falta una norma general sobre autocontrato. El *Código alemán* tiene, en cambio, un precepto general sobre prohibición del autocontrato, salvo que se trata del cumplimiento de una obligación o el representado haya admitido la autocontratación (parágrafo 181). Fueron muy vivas las discusiones sobre si la vulneración del precepto ocasionaba nulidad o mera anulabilidad en tanto el poderdante no ratificase (2 bis). El *Código italiano* tiene una norma general sobre autocontrato (artículo 1.395), considerándole anulable sólo por representado, salvo que éste le haya autorizado o que la determinación del contenido del contrato haga imposible el conflicto de intereses; pero además contiene un precepto similar a nuestro artículo 1.459 (el 1.471), si bien declarando nulos unos casos de la lista y anulables otros, entre éstos el del mandatario respecto a los bienes que esté encargado de vender, caso en el que además se establece la salvedad de lo dispuesto en el artículo general de autocontratación, lo que quiere decir que la prohibición no actuará si el representado había autorizado el autocontrato o el conflicto de intereses era imposible por la determinación del contenido del contrato.

(2 bis) Para no incurrir en repeticiones nos remitimos al reciente comentario en esta misma Revista (núm. 518 de enero-febrero de este año) a la Resolución de 1.º de julio de 1976, en el que hacemos unas ligeras referencias al problema de los efectos del autocontrato prohibido y a su posible ratificación por el representado, especialmente en DE CASTRO y en el Derecho alemán.

En la doctrina española, la coordinación de las prohibiciones del artículo 1.459 (con su jurisprudencial consecuencia de nulidad radical) con la doctrina del autocontrato, en general más tendente a la posibilidad de ratificación por poderdante, es una materia bastante confusa y creemos que no hubiera estado de más que la resolución hubiese entrado en la naturaleza subsanable o insubsanable del defecto, como tantas veces ha hecho el Centro Directivo en recursos promovidos en solicitud de declarar inscribibles documentos que el Registrador estima que adolecen de defecto insubsanable.

3. En segundo lugar, la sustitución de poder es una figura polimorfa y de naturaleza y efectos muy discutidos, por lo que es un tanto aventurado afirmar *absolute* que el hecho de nombrar un sustituto no desliga al representante mandatario; bastaría que por las circunstancias del caso, o desde algún punto de vista, se pudiese afirmar que el sustituyente ha quedado fuera de la relación de mandato desde el momento de la sustitución, para que el obstáculo de autocontratación desapareciese por pasar a ser un tercero extraño quien hasta entonces era mandatario. Por ello dejará de existir autocontratación cuando el sustituto venga a ocupar totalmente el puesto del sustituyente, extinguiéndose la primitiva relación de mandato entre mandante y mandatario, que queda sustituida por la nueva relación entre mandante y sustituto, de tal manera que el poder inicial desaparezca por la novación total subjetiva operada. El que ésta no sea la figura ordinaria, más frecuente o que en la duda deba presumirse, no quiere decir que no pueda ser ésta la voluntad del poderdante y apoderado iniciales.

PORPETA CLÉRIGO, en su interesante trabajo sobre sustitución de poder, distingue (3) la *sustitución en sentido propio* por vía de traspaso o transferencia de las facultades del apoderado inicial no revocable por éste, que queda fuera de la relación jurídica que mantenía con el *dominus*, y el *subapoderamiento* (o delegación subordinada), revocable por el subapoderante, que deja intacta la posición de éste como apoderado, sin perjuicio de comportarse frente al subapoderado como verdadero poderdante. Entre ambas figuras encuentra las siguientes diferencias: En la sustitución en sentido propio, el sustituto está en relación directa y única con el principal, el apoderado agota sus facultades de sustitución con la primera que hace, la extinción del primer poder no afecta a la subsistencia del derivado de la sustitución, la revocación y la ratificación han de derivar del *dominus* poderdante inicial. En cambio, en el subapoderamiento, la relación directa se da entre apoderado y subapoderado, con la primera sustitución no se agotan las facultades de nombrar otros sustitutos, la extinción del primer poder arrastra la del segundo y la ratificación y revocación deben proceder del sustituyente.

Y esta distinción no es una opinión personal de PORPETA, sino criterio general de la doctrina obligado, en cierto modo, por la regulación plural que de la sustitución de mandato hacen los artículos 1.721 y siguientes del Código civil. Los varios supuestos contemplados por el Código (sustitución prohibida, expresamente permitida con designación de persona, sin designación de persona, ni prohibida ni expresamente permitida) van directamente encaminados a establecer una varia red de relaciones entre mandante, mandatario, sustituto y terceros y las consiguientes acciones entre ellos; pero de una manera o de otra están también conectados con la cuestión que fundamentalmente nos interesa a nosotros ahora: cuando el traspaso del encargo desliga al mandatario y cuando surge un mero submandato en que el sustituto, aunque actúe directamente para el mandante, es, ante todo, mandatario de mandatario.

(3) FLORENCIO PORPETA: Conferencia de 22 de febrero de 1943, publicada en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. I, pág. 135.

CASTÁN deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo—principalmente de las sentencias de 6 de diciembre de 1897 y 25 de junio de 1920—que fuera del supuesto del artículo 1.721, 2.º (facultad de sustitución expresamente concedida, pero sin designación de persona, si el nombrado es notoriamente incapaz o insolvente), en todo caso de sustitución autorizada queda desligado el mandatario de todas sus relaciones jurídicas con el mandante en cuanto hace la sustitución. Es decir, que queda desligado: a) cuando el mandante le ha facultado para sustituir y le ha designado la persona del sustituto; b) cuando le ha facultado sin designación de persona y el sustituto no es notoriamente incapaz o insolvente (4).

La distinción aparece en la doctrina de todos los países. En la ya clásica obra de HUPKA (5) también, y según este autor, en el *subapoderamiento*, el subapoderado representa al *dominus* frente a terceros y al apoderado frente al *dominus*, mientras que en la *sustitución propia*, el sustituto no representa al primer apoderado en ningún sentido porque éste ha cesado en cuanto hace la sustitución. Además de estas dos figuras estudia otras afines que deben claramente distinguirse de ambas (6).

Los comentarios de MUCIUS SCAEVOLE a los artículos 1.721 y 1.722 del Código civil, puestos al día por BONET, son una exposición muy completa de la doctrina española y extranjera sobre las diferencias entre las dos figuras principales que conviene distinguir dentro de la polimorfa sustitución del mandato y del poder (7). Su lectura es imprescindible para diagnosticar en qué supuestos y circunstancias cabe defender que un mandatario puede realizar una compra que le hace el sustituto, en razón a que el antiguo mandatario sustituyente ha quedado totalmente retirado de la primitiva relación de mandato, pudiendo ser considerado como un tercero cualquiera, extraño o ajeno a la relación representativa y no habiendo, por tanto, lugar a apreciar autocontratación ni vulneración del artículo 1.459, 2.º, del Código.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo que, al diferenciar dos supuestos fundamentales de sustitución de mandato, permite mantener que en uno de ellos el mandatario originario queda apartado del mandato, es abundante. La sentencia más citada es la de 16 de diciembre de 1897, cuya doctrina viene a ser la siguiente: Cuando el mandatario hace uso de las facultades de sustitución que expresamente le ha conferido el mandante, con o sin designación de persona, es evidente que, cumplido en esta parte el mandato, queda desligado de todas sus relaciones jurídicas con el mandante (salvo el caso de que el sustituto sea notoriamente incapaz o in-

(4) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil Contratos*, 1961, pág. 489. CASTÁN reseña también las Sentencias de 14 de diciembre de 1943 y 9 de mayo de 1958 para apoyar la distinción entre transmisión de mandato y la delegación o sustitución. PUIG PEÑA también considera desligado al mandatario para con el mandante si fue autorizado para sustituir con designación de persona (Sentencia de 16 de diciembre de 1897), y cuando autorizado para sustituir hubiere elegido persona capaz y solvente (Sentencia de 22 de noviembre de 1919) FEDERICO PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, volumen II, 1946, pág. 342.

(5) JOSÉ HUPKA. *La representación voluntaria en el negocio jurídico*, págs. 355 y ss. Las treinta páginas que se dedican a la sustitución de poder demuestran que pocas cosas son pacíficas en esta figura. Y que todas las discusiones sobre su naturaleza, requisitos, modalidades y efectos terminan por reconducirse a si, después de la sustitución, es el mandatario o el sustituto el representante fundamental desde el punto de vista del mandante. Y con este problema ha de engarzarse el derivado consistente en si la venta del sustituto al mandatario sustituyente implica o no autocontratación. Pero ni HUPKA ni PORPETA, que recogen gran parte de su exposición, ni BONET en los *Comentarios del Mucius Scaevola*, plantean directamente la cuestión del recurso.

(6) Entre ellas la representación indirecta (en la que el sustituto tampoco puede hacerse representante directo del *dominus*), el subapoderamiento impropio (poder concedido a persona jurídica que ha de actuar por sus órganos), poder exclusivamente limitado a apoderar (como el poder para pleitos concedido a favor de un procurador), los poderes al cargo, en blanco, al portador, etc. La figura que más dudas y decisiones jurisprudenciales ha ocasionado en su deslinde de la sustitución es la del mero auxiliar del mandatario.

(7) MUCIUS SCAEVOLE: *Código civil*, tomo XXVI: *Del contrato de mandato*, págs. 216 a 309. Ver también el Comentario de F. DE A. a la Sentencia de 9 de mayo de 1958 en *Revista de Derecho Privado*, año 1958, págs. 670 y ss.

solvente), quedando en su lugar el sustituto, único que desde entonces tiene el carácter de mandatario con relación del poderdante. Como consecuencia de ello, habiendo dejado de ser mandatario quien hizo abdicación de dicho carácter nombrando otro, por estar autorizado para ello, al segundo mandatario ha de referirse el fallecimiento que extingue el mandato (art. 1.732, 3.º), sin que afecte a las relaciones establecidas entre el mandatario sustituto y el mandante el fallecimiento del primitivo mandatario. En cambio, cuando el primer mandatario, por sí y no en cumplimiento del mandato, confiere a un tercero poder para que haga lo que él sigue obligado a hacer, en su relación con el mandante, la solución ha de ser contrario porque continúa inalterado el primitivo nexo entre mandante y mandatario. La sentencia de 25 de junio de 1921 repite la misma doctrina casi en los mismos términos. Y la de 14 de diciembre de 1943 dice que, si bien el artículo 1.721 del Código no diferencia la transmisión del mandato de su sustitución o delegación, varias sentencias del Tribunal Supremo (8), de acuerdo con la doctrina, dan a conocer que la transmisión se opera cuando el mandatario, obrando en nombre del mandante y en virtud de facultades conferidas, con o sin designación de persona del sustituto, traslada a otro las facultades de que fue investido con el efecto de quedar desligado del mandato y puesto en su lugar el sustituto para actuar en nombre del mandante y en relación directa con él, en tanto que por la delegación o sustitución, el mandatario hace intervenir un tercero en el negocio objeto del mandato, ya mediante un poder que le otorga en nombre propio, ya simplemente traspasándole en confianza la cosa y el encargo recibido, sin desligarse de sus relaciones jurídicas con el mandante, para con el cual queda responsable de los actos de estos auxiliares que designa por propia iniciativa.

Esta sentencia de 1943, no obstante la confusa terminología que emplea y a pesar de hablar de auxiliares del mandatario en el submandato o subapoderamiento, en el fondo plantea la misma alternativa que la de 1897. La que propiamente entra en la distinción entre sustitución de mandato y meros auxiliares del mandatario es la de 8 de mayo de 1920, según la cual hay mero auxilio al mandatario y no sustitución, si el mandatario no designó expresamente como sustituto al que actuó, ni de los actos de éste puede apreciarse sustitución tácita, pues para que se dé ésta, los hechos del sustituto han de implicar por modo palmario y evidente su propósito de obligarse con el mandante.

Que existen dos figuras de efectos muy distintos dentro de la sustitución de mandato, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, está bastante claro. Lo que ya no está tan claro es cuándo nos encontramos ante una de ellas (el primitivo mandatario queda desligado) y cuándo ante la otra (el primitivo mandatario sigue siéndolo). La primera impresión es que el deslinde hay que establecerlo sobre la casuística del artículo 1.721, que en términos generales es lo que han hecho las doctrinas latinas que han de actuar con disposiciones legales muy parecidas a dicho artículo (9). Pero PORPETA pone grandes reparos a la doctrina jurisprudencial literalmente interpretada.

(8) Cita las de 6 de octubre de 1891, 16 de diciembre de 1897, 8 de mayo de 1920 y 25 de enero de 1925 (aunque debe referirse según BONET a la de 25 de junio de 1921).

(9) La regulación de la sustitución de poder en el *Code* es igual que la de nuestro Código. Conforme al artículo 1.994 el mandatario responde de quien ha sustituido en la gestión: 1.º Cuando no había recibido poder de ser sustituido por otro 2.º Cuando se le había conferido tal poder sin designación de una persona y quien ha elegido era notoriamente incapaz o insolvente. En todos los casos el mandante puede accionar directamente contra el sustituto.

El *Código civil italiano* regula la pluralidad de mandatarios en el artículo 1.716, en el cual se podría encajar ciertos casos de subapoderamiento, y el sustituto del mandatario en el 1.717, que dice: El mandatario que, en ejecución del mandato, sustituye otro a sí mismo, sin haber sido autorizado, o sin que ello sea necesario por la naturaleza del encargo, responde de la actuación de la persona sustituida. Si el mandante había autorizado la sustitución sin indicar la persona, el mandatario res-

Según PORPETA, la línea divisoria entre sustitución de poder y subapoderamiento, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, sería coincidente con la existente en el Código entre responsabilidad exclusiva del sustituto y responsabilidad conjunta de sustituyente y sustituto frente al mandante: Habrá sustitución de poder (el apoderado queda desligado) cuando el mandante faculta para sustituir y además designa la persona del sustituto, y cuando faculta para sustituir sin designación de persona y el nombrado no es notoriamente incapaz ni insolvente; habrá subapoderamiento (el apoderado primero sigue siendo el primordial) en los dos supuestos indicados bajo los números 1.º y 2.º del artículo 1.721, en los que, conforme al 1.722, hay responsabilidad conjunta de mandatario y sustituto.

PORPETA critica la doctrina jurisprudencial así entendida:

- Porque en el caso de haberse dado facultad para nombrar sustituto, sin designar la persona no es razonable que dependa de cualidades del sustituto, acaso sólo determinables *a posteriori*, el que se esté ante una sustitución de poder o de un subapoderamiento.
- Porque tampoco lo es que el mandatario con facultad de sustituir se entienda, en todo caso, que ha cumplido el mandato tan pronto como hace la sustitución, pues el mandante confirió el mandato preferentemente a él, aun en el caso de designación de persona del sustituto. Efectivamente, varios fallos de la jurisprudencia francesa hacen responsable al mandatario, por culpa *in vigilando*, de actos dañosos del sustituto (10).
- Porque es aventurado entender que en todo caso de sustitución autorizada por el mandante, ésta extinga el primer poder, pues tal causa no está recogida entre las de extinción del mandato y ni implica revocación ni renuncia por sí sola.

La tesis de PORPETA, que, en definitiva, desemboca en una presunción de subapoderamiento sin cesación del primer mandato si ésta no resulta claramente, parte de que la autorización expresa del mandante no implica sino una reiteración del permiso legal de la sustitución y conduce a la siguiente fórmula: En principio, poderdante y apoderado deben funcionar como poderdantes solidarios frente al sustituto; apoderado y sustituto deben funcionar como apoderados solidarios del poderdante.

La tesis de nuestra jurisprudencia según la cual el asentimiento expreso del *dominus* a la sustitución conduce a la transferencia total del poder y no al subapoderamiento, está basada en la doctrina dominante en los autores latinos que no disponen de otro medio para tratar la línea de separación entre ambas figuras o, al menos, la línea de separación presuntiva entre ellas que preceptos similares a los artículos 1.721 y 1.722 de nuestro Código. Los argumentos de PORPETA frente a esta doctrina dominante son importantes y pueden apoyarse en algunos pasajes de BAUDRY, BORSARI y VON THUR; pero creo que exagera PORPETA al estimar especiosos artificios dialécticos argumentos como, por ejemplo, el de SAGESSE, al decir que en el caso de sustitución expresamente autorizada, el poder del sustituto debe su origen inmediato a la voluntad del *dominus*, aunque condicionada suspensivamente a la voluntad del primer apoderado, el cual puede abstenerse de sustituir, pero si lo hace queda extraño al desarrollo del poder, que tendrá vida libre y autónoma (en manos del sustituto) por traer su

ponde solamente cuando incurrió en culpa *in eligendo*. El mandatario responde de las instrucciones que ha dado al sustituto. El mandante puede accionar directamente contra la persona sustituida por el mandatario.

(10) Y el Código italiano parece imponer la responsabilidad del mandatario por las instrucciones que haya dado al sustituto, sin distinción de supuestos.

origen directamente de la voluntad del principal: no afectará a la sustitución la muerte, quiebra, etc., del primer representante.

Tampoco en otras legislaciones es muy clara, ni determinada por los Códigos, la distinción entre las dos figuras de que tratamos, cuya diversidad deriva, en opinión de PORPETA, de la contraposición de dos principios antagónicos que actúan simultáneamente en la sustitución de poder: el de la confianza, intransferible, en la persona del apoderado (relación *intuitu personae*) (*) y el de fungibilidad del actuante, en cuanto el encargo del mandante puede ser mejor cumplido a través de la sustitución.

Lo cierto es que en materia de sustitución del mandato, las inseguridades de todo tipo tienen una larga historia (*omnes doctores hoc disputant*); unas legislaciones parten de la imposibilidad de sustituir, salvo el caso de expresa permisión del mandante; otras parten de su admisibilidad general, salvo prohibición del mandante; tampoco es raro que, como en España (art. 261 del Código de Comercio, frente al 1.721 del Código civil), los Códigos de Comercio establezcan principio general distinto que el Código civil del respectivo país. De todo ello tiene que derivar mucha imprecisión en la línea divisoria entre el traspaso de mandato y submandato. Dos legislaciones que suelen citarse como antagónicas son las de Argentina y Chile: la primera parte del subapoderamiento como regla, de tal manera que la extinción del mandato primero extingue el mandato del sustituto; en la segunda, la sustitución autorizada implica siempre traspaso de poder, de manera que sólo la revocación hecha por el principal o la muerte de éste influyen en los poderes del sustituto y, en cambio, ni el sustituyente puede revocar ni su muerte influye en los poderes del sustituto.

En el *Derecho alemán*, ENNECCERUS distingue: a) Apoderamiento de sustituto (transmisión de poder): el sustituto se subroga totalmente en el lugar del apoderado, que desaparece de escena. Esto sólo se admite si ha sido especialmente permitido en el poder. b) El subapoderamiento, que tampoco está permitido en la duda, pero que puede presumirse en algún caso, y que presenta dos modalidades: 1.ª, el subapoderado debe obrar simplemente en nombre del primitivo poderdante; 2.ª, el subapoderado debe obrar como representante del primer representante. De esta pluralidad de figuras resulta una complicada diversificación de las relaciones entre mandante, mandatario y sustituto. Y de esta complicación resulta también la vacilante doctrina aplicable al caso de nuestro recurso (11).

Damos por conocida la forma cómo en el B.G.B. el parágrafo 181 excluye la autocontratación como regla y sus dos únicas excepciones. Pues bien, ENNECCERUS-NIPPERDEY, no considerando adecuado extender el parágrafo 181, como norma excepcional que es, más allá de su texto literal, entienden que no hay autocontratación cuando el representante, en virtud de la facultad de sustitución que se le ha atribuido, nombra un sustituto, que no representa a aquél, sino al representado, y el sustituto concluye un negocio en nombre del representado con el representante, que obra en nombre propio y por cuenta propia. Contra esta opinión se enfrentaron KIEHL, PREDARI, LEHMANN y otros, que construyen la prohibición del parágrafo 181 como una disposición general de protección contra el mal uso del poder de representación, que es de temer siempre que de un modo visible el acto del representante redunde también en su propio interés. De todas maneras, la posición de ENNECCERUS, basada en el texto literal del parágrafo 181, no está tan distante de la contraria como parece, porque para el caso más grave de acuerdo fraudulento entre el representante y la otra parte, antes mandatario, estima aplicable el parágrafo 138,

(*) *Nemo mandat nisi amico et fidei*

(11) PORPETA critica la exposición de ENNECCERUS en cuanto estima que el subapoderamiento debe limitarse a negocios singulares, cuando lo cierto es que una delegación global puede estar autorizada y concederse como revocable por el apoderado sustituyente y a la inversa.

también del B.G.B., que determina la nulidad del negocio jurídico contra las buenas costumbres (12).

Creemos que con todo lo expuesto hay bastantes pruebas del polimorfismo de la sustitución de mandato o de poder y de que no sea conveniente una tajante afirmación de que, en todo caso, el primer apoderado sustituyente continúa siendo apoderado después de la sustitución. Admitimos que esto sea lo que ocurra en general o en la duda, y también admitimos que a la vista del poder y de la sustitución del caso del recurso esta solución fuese indudable. También es posible que tratándose de calificar si mandatario sustituyente y sustituto al contratar están incurriendo en autocontratación, haya de adoptarse la mayor rigurosidad para admitir que el primero ha quedado fuera de la relación de mandato por virtud de la sustitución; pero de todas maneras aún queda margen para estimar que dicha afirmación tajante y sin ninguna excepción es, sin duda, exagerada.

4. Y terminaremos haciendo una referencia a las resoluciones citadas en el vistos, criticable por no incluir ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo citadas por recurrente y Registrador.

Las resoluciones de 13 de noviembre de 1895, 22 de agosto de 1907 y 3 de septiembre de 1907 se refieren al mismo problema. Las dos de 1907 se referían incluso a las mismas personas: Don A., representado por don J., vende una finca a don F., y poco después (cuatro días en uno de los recursos y siete en el otro) don F. vende la misma finca, en igual precio, a don J. El Registrador estima que el mandatario don J. ha adquirido por compra, aunque por persona intermedia (don F.) un bien de cuya enajenación estaba encargado; el recurrente, entre otros argumentos, alega la resolución de 13 de noviembre de 1895, que en un caso igual no había estimado aplicable la prohibición del artículo 1.459, 2.º; el Registrador estima que no era el caso igual porque el transcurso de dos años entre las ventas hacía poco probable la confabulación, y la Dirección declara inscribibles las ventas a don J., conforme con la doctrina de 1895, fundándose en que el mandato había terminado por su realización, en que la frase «ni por persona alguna intermedia» del artículo 1.459, 2.º, no puede convertir en absoluta e indefinida una incapacidad relativa y temporal, ni tiene más objeto que incluir el supuesto de las subastas con remate a calidad de ceder, en que la interpretación del artículo 1.459, 2.º, ha de tener en cuenta el *odiosa restringenda*, y, por último, en que la apreciación de la confabulación sólo puede corresponder a los Tribunales de justicia.

La resolución de 23 de enero de 1943 recayó sobre un caso bastante diferente. Un apoderado de dos hermanos (de cada uno de los dos) compró la nuda propiedad de dos casas en concepto de apoderado de una sola de ellas, inscribiéndose la escritura de compra. Posteriormente otorga una escritura de rectificación, basándose en ser apoderado de ambos hermanos, en la que subsana el error padecido en el sentido de que la nuda propiedad de una de las casas la quería comprar efectivamente para el poderdante que dijo, pero la de la otra la compraba en realidad para el otro hermano, también su poderdante. El Registrador suspendió la inscripción por estimar insuficiente el poder para la rectificación y además en incidir en autocontratación el apoderado al serlo a la vez del beneficiado y del perjudicado por la rectificación. El Presidente de la Audiencia revoca el primer defecto, pero confirma el primero, y, en cambio, la Dirección confirma expresamente sólo el primer defecto y no el segundo, respecto al cual se produce en términos un tanto confusos ante el temor de que si le confirmaba también pudiera parecer que se apartaba de la doctrina de permisión general del autocontrato.

No podemos extender este comentario a la crítica de la doctrina sen-

(12) ENNECCHIRUS-NIPPERDAY: *Derecho Civil Parte general*, vol. II, Barcelona, 1935, págs. 245-246, nota 12

tada por las citadas tres resoluciones; probablemente, la Dirección tenía razón en que el Registrador difícilmente puede entrar a calibrar cuando en negocios externamente normales está encubierta una interposición de persona, porque esto, como cualquier otra figura de simulación, sólo tienen medios apropiados para decidirlo en juicio contencioso los Tribunales de justicia; pero también es más que probable que su interpretación de la frase «ni por persona alguna intermedia» del artículo 1.459 sea excesivamente estricta al no incluir en ella los casos de dichos recursos. En cuanto a si el supuesto de estas tres resoluciones presenta suficiente similitud con el de la que comentamos, para justificar la inclusión de las mismas en el vistos, es cierto que en los casos de 1895 y 1907 se trataba de una interposición de persona (si efectivamente la compra por don F. y la reventa de éste a don J. eran meramente simuladas para encubrir una real compra de don J. a don A.) y, en cambio, en el caso de la resolución de 30 de julio de 1976 lo que hay es una venta de mandatario sustituto, representando al mandante, al mandatario sustituyente, del que se duda si sigue siendo mandatario, a los efectos del artículo 1.459, después de nombrar sustituto; pero si la distancia es grande para una jurisprudencia conceptual, no sería tanta para una jurisprudencia realística, que tendería a dar un trato similar al mandatario que, en su intento de vulnerar el artículo 1.459, 2.º, acude al nombramiento de un sustituto dócil, y al que acude a la interposición de un testaferro que simule comprar al mandatario y revender a quien externamente ha dejado de serlo ya.

En este sentido, la doctrina sentada ahora sería distinta a la mantenida por las tres resoluciones citadas en el vistos. No obstante, consideramos muy difícil apartarse tanto de los conceptos como para estimar que la Dirección ha efectuado un cambio doctrinal. Es más fácil entender que la inclusión de dichas tres resoluciones en el vistos debería haber sido seguida de un considerando dedicado a destacar las diferencias de supuestos suficientes para explicar el fallo contrario, considerando que, en aras de la brevedad que respira toda la resolución, se estimó innecesario.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
FRANCISCO QUIROGA RAMIRO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. PARTE GENERAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

VENTA A PLAZOS DE UN CAMION CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO INSCRITO EN EL REGISTRO. PRESUNCION DE QUE LO QUE APAREZCA EN EL REGISTRO EXISTE. LA ALEGACION DE HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO DE DURACION DEL CONTRATO Y PROCEDER LA CANCELACION DE OFICIO DEL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO INSCRITO ES CUESTION NUEVA EN ESTE RECURSO. EL VENDEDOR QUE EJERCITA LA TERCERIA DE DOMINIO NO NECESITA DEMANDAR A LA COMPRADORA (LITISCONSORCIO PASIVO) (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—La entidad «El Motor Nacional, S. A.», interpone demanda contra el Tribunal de Cuentas del Reino (Sección Octava), representado por el Abogado del Estado, y contra don Rafael García Rodiño, esposo de la compradora del camión, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: Que doña Josefa Rubio Ruiz, debidamente autorizada por su esposo, don Rafael García Rodiño, adquirió el 26 de marzo de 1969 a «El Motor Nacional, S. A.», un camión marca «Barreiros», conforme a la vigente Ley de Ventas a Plazos, es decir, se hizo en operación aplazada a treinta y seis meses, reflejándose en el modelo oficial con pacto de reserva de dominio a favor de la Sociedad vendedora hasta tanto se abonara el importe total del precio del camión e inscribiéndose en el Registro Mercantil. En el desarrollo de la operación se produjeron devoluciones de letras, y cuando estaba todavía sin pagar la total cantidad, como consecuencia del juicio de la cuenta de gastos públicos del Ministerio del Ejército, correspondiente al mes de julio de 1963, que por la Sección Octava del Tribunal de Cuentas del Reino se sigue a otros y a don Rafael García Rodiño, se embargó, entre otros bienes, como propiedad del mismo, el camión «Barreiros» que doña Josefa Rubio había adquirido a la entidad demandante. Suplica se dicte sentencia en la que se declarase que el camión es propiedad de «El Motor Nacional, S. A.», en pleno dominio hasta tanto se termine de

abonar el total importe del precio del mismo, mandando alzar y dejar sin efecto el embargo.

El Abogado del Estado contesta a la demanda oponiéndose.

El Juez de Primera Instancia número 11 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda de tercera de dominio, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El Abogado del Estado interpone recurso de casación alegando fundamentalmente: defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, por no haber sido demandada la compradora del camión; que el plazo contractual era de treinta y seis meses, por lo que habiéndose celebrado el día 26 de marzo de 1969, finalizaba el 26 de marzo de 1972, por lo que la inscripción del pacto de reserva de dominio contenida en el mencionado contrato quedaba cancelada de oficio un año después de aquella indicada fecha, a partir de la cual quedaba sin efectos respecto a tercero; que la certificación librada por el señor Registrador Mercantil de Madrid, encargado del Registro de Ventas a Plazos, certifica que la fotocopia del contrato de 26 de marzo de 1969 «concuerta exactamente con su original, registrado en este Registro con fecha 3 de febrero de 1970», pero no dice más ni podía decir otra cosa el día de expedición de la mencionada certificación, 31 de julio de 1973, por lo que no acredita que el pacto continuase inscrito cuando se decidió la tercera, que es lo que razona la sentencia recurrida, con flagrante violación del canon probatorio contenido en el artículo 1.218 del Código civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» segundo, tercero y cuarto:

«Considerando que al acusar en el primer motivo del recurso la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias que se citan, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se intenta combatir la recurrida sentencia denunciando la defectuosa constitución de la relación procesal o litisconsorcio pasivo necesario, en cuanto no se ha traído a los autos, como demandada, a la esposa del ejecutado, doña Josefa Rubio Ruiz; mas el motivo ha de ser desestimado por cuanto: a) se parte del equívoco de atribuir a la misma la titularidad del vehículo, cuando en verdad, y a virtud del pacto de reserva de dominio, hasta que pagase el total precio de compra, no era sino mera depositaria, circunstancia o condición que no aparece cumplida al tiempo de formularse la demanda; b) porque la relación jurídico-material que le une con el demandante de tercera no precisa de su intervención en la litis, ni tampoco le une relación alguna con el demandado y ejecutado que la hiciese necesaria, y c) porque la sentencia que se dicte, ni ha de tener contra la misma efectos de cosa juzgada ni en nada ha de afectar a sus posibles acciones que la correspondan contra el vendedor, al verse privada de la tenencia material del que fue objeto de compraventa, por lo que en forma alguna puede decirse que se haya prescindido de la doctrina legal, que exige la presencia en la litis de todos aquellos que se encuentren ligados por razón de la relación jurídico-material o puedan resultar afectados por la sentencia.»

«Considerando que el motivo segundo del recurso, amparado en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación 'del artículo 1.218, párrafos primero y segundo, del Código civil'; en cuanto a la certificación librada por el señor Registrador Mercantil de Madrid, encargado del Registro de Ventas a Plazos, en relación a la fotocopia del contrato de 26 de marzo de 1969, no dice sino que 'concuerta exactamente

con su original, registrado en este Registro con fecha 3 de febrero de 1970', por lo que la Sala sentenciadora no podía afirmar que las prohibiciones del pacto de reserva de dominio figuraban inscritas en tal Registro en las fechas en que se pronunciaron las sentencias de Primera y Segunda Instancia; mas como se presume que cuanto aparezca en el Registro existe y hay que estar, en relación a su titular, en la forma determinada por el asiento respectivo, mientras no aparezca que los Tribunales hayan decidido otra cosa, es lo cierto que al no combatirse dicha declaración o afirmación hecha en la recurrida sentencia por el medio y vía procedente, ha de tenerse por cierta y conforme a lo dispuesto en el artículo invocado, en sus párrafos primero y segundo, que al no haberse violado hace sea desestimado el motivo.»

«Considerando que por el tercero y último motivo, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia la aplicación indebida del artículo 348, párrafo segundo, del Código civil, y del 23 de la Ley de Ventas a Plazos, como la violación del artículo 1.281, párrafo primero, del Código civil, y del artículo 17 de la Orden Ministerial de 6 de julio de 1966; mas independientemente de la involuación de preceptos de contenido tan diverso e incluso naturaleza en un mismo motivo, es que el problema que se plantea lo es el de la duración del contrato de compraventa y cancelación de oficio del pacto de reserva de dominio, que se dice la Sala debió estimar de una interpretación literal de dicho contrato, de lo que fácil es colegir se trata de una cuestión que al no haber sido planteada en la litis, discutida en el proceso, ni resuelta en la sentencia, no es susceptible de ser traída al recurso, por lo que el motivo, al igual que sus anteriores, debe ser desestimado.»

PRESCRIPCION «CONTRA TABULAS» DEL ARTICULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA. EL REQUISITO RELATIVO A NO TENER «MEDIOS RACIONALES Y MOTIVOS SUFICIENTES» DE LA POSESION QUEDA AL LIBRE ARBITRIO DEL JUZGADOR, SIENDO CENSURABLE EN CASACION COMO CUESTION DE HECHO POR LA VIA DEL NUMERO 7.º Y NO DEL NUMERO 1.º, DEL ARTICULO 1.692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—La entidad «Cala D'Or, S. A.», presentó demanda contra don Bartolomé Mari Tur y otros más, ocupantes de unas casetas en la finca conocida por «Cala D'Or», que había comprado la actora a la «Compañía Ibérica de Urbanizaciones, S. A.», y «Compañía Barcelonesa de Urbanizaciones, S. A.», libre de cargas e inscrita en el Registro, habiendo llegado a conocimiento de la entidad actora la existencia de tales casetas o barracas situadas en la parte oeste de la finca y muy cercanas al mar, por lo que en su calidad de propietario requirió notarialmente a los demandados como ocupantes precaristas, y transcurrido el plazo sin abandonarlas, formuló contra los mismos demanda de desahucio por precario, cuya sentencia fue desestimatoria. Por ello, ahora interpone la demanda alegando su condición de tercero hipotecario, con arreglo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por lo que goza de la protección debida, según el artículo 36 de la propia ley, anulando cuanto ha sido pretendido de contrario sobre una supuesta prescripción. Suplica se dicte sentencia declarando que la finca es de plena y absoluta propiedad de la actora, con inclusión de las casetas de pescadores, barracas o edificaciones que se hallan ubicadas en el interior de la misma.

Los demandados se oponen alegando la usucapión a su favor, que debe perjudicar a la actora por no haber cumplido la regla 3.ª del artículo 36

de la Ley Hipotecaria, por cuanto desde que adquirió la finca, el 15 de julio de 1971, hasta que instó la conciliación, 12 de marzo de 1973, transcurrió con exceso el plazo del año, no siendo suficiente el requerimiento notarial de 25 de febrero de 1972 ni la acción de desahucio por precario. Formulan reconvencción suplicando se declare que los demandados tienen adquirido el dominio de las casetas por prescripción, así como la nulidad de la escritura de adquisición en cuanto les pueda perjudicar en su dominio, ordenando la inscripción en el Registro de la Propiedad, previa cancelación del asiento correspondiente de la actora, y condenando a otorgar la oportuna escritura.

El Juez de Primera Instancia de Ibiza desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando la nulidad de la escritura de la actora en cuanto pueda perjudicar el dominio de los demandados, ordenando su inscripción en el Registro, previa cancelación del asiento correspondiente, y condenando a la actora a otorgar la oportuna escritura de rectificación.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca confirma la sentencia del Juzgado en lo fundamental, revocándola en algunos detalles, como en lo relativo a la escritura de rectificación, que la Audiencia silencia, ordenando directamente las inscripciones de las casetas como fincas independientes y la cancelación parcial de la inscripción de la actora, en cuanto a la descripción, para que no queden incluidas las casetas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la entidad actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia recurrida, al igual que la dictada en el primer grado de la instancia, cuyos fundamentos son aceptados plenamente por aquélla, sienta la afirmación de que si bien no está probado que la sociedad actora tuviera 'conocimiento previo', al tiempo de adquirir la finca litigiosa, de haberse consumado la 'prescripción adquisitiva' que a su favor aducen los demandados sobre ella, sí es indudable que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que las 'casetas' objeto de la litis estaban poseídas de hecho, a título de dueños, por los demandados, personas distintas de los transferentes, de cuya afirmación, obtenida por la apreciación conjunta de la prueba practicada, obtiene el Tribunal *a quo* la conclusión de estimación de la reconvencción en lo que respecta a dicho extremo, por aplicación del requisito que especifica el apartado a) del artículo 36 de la vigente Ley Hipotecaria, originándose de ello la formalización del presente recurso, cuyo único motivo ampara el recurrente en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, y en el que denuncia la 'interpretación errónea' de aquel precepto hipotecario.»

«Considerando que no obstante no haberse especificado en el motivo referido cuál de los casos comprendidos en dicho precepto estima el recurrente como infringido, es lo cierto que dicho motivo está pretendiendo, por una parte, desvirtuar aquellas manifestaciones de 'puro hecho' contenidas en la resolución recurrida, y de las que la Sala sentenciadora derivó la conclusión que anteriormente se especifica, mediante apreciaciones unilaterales interesadas por el propio recurrente, circunstancia ésta que al no estar encauzada por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal ya citada, no es admisible en la técnica del recurso de casación, y, por otro lado, porque ese razonamiento, que se utiliza por dicho litigante en el sentido de su 'protección legal' como tercero registral de 'buena fe', que dice haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos posibles dispuestos en la Ley Hipotecaria, no tiene aplicación en el caso del presente recurso, ya que la sentencia recurrida niega haya observado precisamente el regulado en el apartado a) del artículo 36 del texto hipotecario, y es lo cierto que ya la regla general contenida en el citado

artículo proclama que la propiedad inmatriculada en nuestro Registro, no por serlo deja de ser apta para la usucapión, contraria al titular registral, y así se desprende del párrafo tercero del mencionado artículo 36, si bien ella está limitada o condicionada a la exigencia de los requisitos que se contienen en los apartados *a)* y *b)* del párrafo segundo del mismo, en el modo y forma que acertadamente expone el Tribunal *a quo* en su resolución impugnada, sin que ello pueda quedar desvirtuado por esa serie de apreciaciones que respecto a 'inhabitabilidad de las casetas litigiosas', 'contenido e interpretación de las certificaciones extendidas por el Ayuntamiento de San José', 'comparecencias y citaciones efectuadas en el trámite procesal', 'actividades a que se dedican los demandados', 'tiempo de ocupación por parte de los usucapientes en las edificaciones mencionadas', 'apreciación del resultado de las confesiones de los demandados' y otras, todas ellas contenidas en el motivo que se estudia, como apreciadas por el recurrente de modo interesado, y que no pueden tener eficacia al amparo del número primero del artículo 1.692, por lo que ha de declinar aquél, tanto más cuanto que la apreciación de todos aquellos hechos derivados de la negligencia del adquirente, que aquí se ventila, han de quedar al libre arbitrio del juzgador cuando, como ahora, se han tenido en cuenta por éste las circunstancias del hecho concreto que es objeto de la litis.»

COMENTARIO.—La frase «medios racionales y motivos suficientes para conocer», utilizada por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria al tratar de resolver la pugna entre titular registral y usucapiente por una vía media, no puede ser más desacertada.

Decimos esto porque parece una puerta abierta para que venza siempre el usucapiente, ante lo impreciso del requisito exigido al titular registral y ante cierta simpatía que en algunos ambientes, desconocedores de la eficacia de la institución registral, se tiene por el mero poseedor que por una u otra causa no se acoge a la protección del Registro. Lo cual puede producir a la larga, como apunta el recurrente, una brecha en los principios de la Ley Hipotecaria, pudiendo quedar inoperante la defensa en favor de quien, siguiendo las reglas del juego, se acoge a la misma.

Pues bien, en el presente caso, el juzgador de instancia entendió que el titular registral, aunque adquirió de buena fe, tuvo esos medios racionales y motivos suficientes, de que habla el artículo 36, para conocer al tiempo de la adquisición que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por los que utilizaban unas casetas o barracas en la finca desde tiempo inmemorial.

Y el Tribunal Supremo desestima el recurso, sin pronunciarse en concreto sobre la interpretación de tal precepto legal, limitándose a sentar como doctrina estas dos declaraciones:

1.ª La apreciación de la negligencia del titular registral respecto a que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer la posesión de hecho a título de dueño queda al libre arbitrio del juzgador.

2.ª No cabe desvirtuar en casación tal apreciación por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea, por interpretación errónea del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, pues si lo que se combate es la apreciación de los hechos, se ha de utilizar la vía del número 7.º del error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.

Estas dos declaraciones del Tribunal Supremo las consideramos acertadas en el presente caso, pues el recurso interpuesto mezclaba de alguna manera el aspecto jurídico de la interpretación del artículo 36 y el aspecto fáctico de la apreciación de los hechos, y siendo en nuestro sistema el recurso de casación de carácter extraordinario, tiene importancia la falta de precisión en la vía o cauce procesal utilizado.

Pero consideramos de interés hacer algunas puntualizaciones sobre tales

declaraciones, pues creemos han de entenderse con ciertas limitaciones, que la presente sentencia no ha tenido ocasión de examinar en este caso.

Nos parece que existen ciertos límites respecto al arbitrio judicial, que permiten hacerlo censurable en casación y no siempre de modo exclusivo por la vía del número 7.º del artículo 1.692, sino incluso en algún caso por la vía del número 1.º

He aquí tales límites:

1.º En la duda, que ha de ser frecuente en esta cuestión, no puede presumirse que el titular registral tuvo tales medios racionales y motivos suficientes de conocimiento, sino que hay que presumir todo lo contrario: que no tuvo ni medios ni motivos suficientes para conocer la posesión de hecho a título de dueño. No sólo porque la buena fe se presume siempre, sino porque el propio artículo 36 exige que *se demuestre* que hubo medios y motivos de dicho conocimiento. Esto es un importante condicionante del arbitrio judicial que ha de tenerse muy presente, pues, como decimos, puede llegar a ser difícil una demostración de ese tipo.

En el sentido indicado, se pronuncian bastantes autores. Así, ROCA SASTRE dice que «el conocimiento efectivo o posible de la posesión ajena en concepto de dueño, referido al tercer adquirente del titular registral, debe *demonstrarse* cumplidamente, pues así lo exige el artículo 36; de modo que dicho tercero tiene aquí a su favor una presunción *iuris tantum* de que tal conocimiento no existe» (1). ALBALADEJO señala que «tanto que lo supiese (lo de la posesión ajena a título de dueño) como que hubiese debido saberlo son extremos que no se presumen, sino que deben ser probados (cfr., art. 36, 2.º, principio: '... se demuestre...')» (2). También es interesante lo que dicen LACRUZ-SANCHO: «La atribución del *deber de conocer* debe hacerse con criterio restrictivo. La expresión 'tener medios racionales y motivos suficientes', en el artículo 36, no impone al tercero un deber estricto de inspeccionar el inmueble ni menos de emplear medios extraordinarios para cerciorarse de su situación posesoria, y bastará observar, si no hay sospechas de una situación anormal, una conducta que pueda ser considerada como corriente y racional en un adquirente de tipo medio. Lo contrario sería una rémora para el tráfico» (3).

Sin embargo, las opiniones de SANZ FERNÁNDEZ y de BÉRGAMO pueden inducir a una interpretación errónea del precepto legal. SANZ dice que «siempre habrá tenido el adquirente motivos suficientes para conocer la situación posesoria» y que ello «priva de todo valor a las complicadas normas del artículo 36, sin que, por tanto, se pueda considerar como un defecto de este precepto, sino como consecuencia de la poderosa fuerza de la usucapión y de la imposibilidad de proteger contra ella al adquirente de la finca» (4). Y BÉRGAMO (5) presupone un conocimiento «presunto» por parte del adquirente de la situación posesoria de la finca. La interpretación de estos autores nos parece peligrosa y no resiste a la más ligera crítica. ROCA SASTRE se ha encargado ya de refutar tales opiniones, que se oponen de una manera clara al texto legal y que, como indica dicho autor, «de lo contrario, el artículo 36 sería en este punto una perfecta burla para el tercer adquirente. Por ello hay que estimar que la intención del legislador fue otra», y más adelante, que «los claros términos del artículo 36 no dan lugar a dudas» (sobre la existencia de una presunción de desconocimiento, en lugar de presumirse el conocimiento) (6).

En el presente caso, el recurrente apunta esta presunción, al decir que no se ha probado su negligencia y que se presume a su favor la buena fe.

(1) *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo II, pág. 34.

(2) *Derecho Civil, III Derecho de bienes*, vol. 1.º, pág. 164, nota 93.

(3) *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 226, nota 6.

(4) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 552

(5) Citado por ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 33.

(6) *Ob. y tomo cit.*, pág. 5.

Pero como no acompañó estas alegaciones con la demostración de que la apreciación de los hechos por el juzgador no fue adecuada, y no utilizó la vía del número 7.º del artículo 1.692, el Tribunal Supremo no estimó el recurso. Sin embargo, queremos recalcar que si la Sala de Instancia de una forma clara hubiera partido de una presunción contraria al titular registral y de que «siempre hay motivos suficientes para conocer la posesión», entonces hubiera habido base para censurar en casación tal interpretación y por la vía del número 1.º del artículo 1.692, pues se trataría de un error de interpretación del precepto legal, que alude claramente a la necesidad de «demostración». Pero no consta que el Tribunal de Instancia procediese de esa manera tan simplista, al estilo de SANZ y BÉRGAMO.

2.º Otro límite o condicionante que ha de tener en cuenta el arbitrio judicial es que el conocimiento del adquirente ha de referirse no sólo al «estado de hecho» de la posesión ajena, sino a que ésta lo es «a título de dueño», como exige el propio artículo 36, lo cual, como dice VILLARES PICO, es difícil saberlo. Por tanto, es inadmisibles la tesis de BÉRGAMO, según el cual, el artículo 36 se refiere aquí al conocimiento de un simple «estado de hecho», pues, como dice ROCA SASTRE, la posesión «en concepto de dueño» es algo más que una vulgar situación de hecho, añadiendo que es una circunstancia «de información compleja e implica enjundia jurídica, ya que una persona puede mantener contacto posesorio con una cosa no sólo a título de dueño, sino de titular de un derecho real de usufructo, uso, habitación, enfiteusis o superficie, e incluso de mediador posesorio o de simple detentador, o sea, como administrador, arrendatario, precarista, etc.» (7). Precisamente en el presente recurso, el recurrente recoge estas mismas frases de ROCA SASTRE en apoyo de la tesis de que se trata del conocimiento de contenido meramente intelectual y no de cuestiones de hecho, pero nuevamente tropieza con el obstáculo de la vía utilizada, que en este caso debía ser, según el Supremo, la vía del número 7.º, dado que lo que tenía que atacarse era la apreciación de los hechos realizados por el Tribunal de Instancia. Ahora bien, nosotros entendemos que si el juzgador de Instancia hubiese interpretado el artículo 36 en el sentido de que basta un conocimiento del estado de hecho de la posesión, sin exigir demostración al poseedor de que el titular registral debió conocer que poseía a título de dueño, habría base para recurrir por violación del artículo 36, al haber sido interpretado erróneamente. Pero no consta que hubiese procedido así.

En definitiva, arbitrio judicial en este punto, sí; pero el Tribunal Supremo viene a reconocer que cabe la censura en casación de ese arbitrio judicial. Y aunque exige que la vía del recurso sea la del número 7.º, no queda excluida, en general, la del número 1.º (interpretación errónea), sino que como en el presente caso el Tribunal de Instancia había deducido su criterio de una serie de hechos, exigía que se plantease también la cuestión de los hechos. Pero, como hemos dicho, bien podría suceder en otros supuestos que el Tribunal de Instancia pretendiese seguir la interpretación de SANZ y BÉRGAMO, frente a la de ROCA SASTRE, ALBALADEJO y LACRUZ-SANCHO, antes examinadas, en cuyo caso cabría la censura en casación por la vía del número 1.º, en nuestra opinión.

Por último, si el Tribunal Supremo llega a admitir la censura en casación de la apreciación libremente realizada por el Tribunal de Instancia de si existieron o no medios racionales y motivos suficientes para conocer la posesión ajena a título de dueño, nos parece conveniente que el juzgador funde sus deducciones señalando expresamente los criterios que le han servido a tal efecto, pues en otro caso se producirá indefensión para el interesado perjudicado, al no poder concretar su postura frente a tal apreciación imprecisa y generalizada del juzgador. Creemos que para

(7) Ob. y tomo cit., pág. 31.

evitar esta indefensión, el Tribunal Supremo deberá tener en cuenta la forma de fundar sus deducciones el juzgador, pues si éste no concretó demasiado su razonamiento deducido, sería conveniente no ser tan rígido con el recurrente, respecto a la vía o cauce procesal del recurso, en tales casos, en que, como decimos, el juzgador no se mostró muy explícito y concreto en sus deducciones. Dicho sea con carácter general, pues no nos consta que fuere éste el caso de la presente sentencia.

TERCERIA DE MEJOR DERECHO: INCUMBE AL TERCERISTA (EN ESTE CASO, LA HACIENDA PUBLICA) ACREDITAR LA REALIDAD LEGAL DE CADA UNO DE LOS IMPUESTOS QUE SE DICEN EN DESCUBIERTO APORTANDO LOS ELEMENTOS ESENCIALES PRECISOS PARA JUSTIFICAR LA PREFERENCIA, CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública, formula demanda contra el Banco Español de Crédito, dimanante de autos ejecutivos seguidos por este último contra la Sociedad «La Valenciana, S. A.», autos de tercería de mejor derecho seguidos también contra esta última Sociedad, estableciendo que dicha Sociedad era deudora de la Hacienda Pública de diferentes débitos fiscales, siendo preferente el derecho de la Hacienda al cobro de los mismos en relación con el crédito del aludido Banco ejecutante; se veía en la necesidad de promover, como incidencia del procedimiento que se tramitaba, tercería de mejor derecho para obtener la satisfacción de los débitos con cargo a los bienes trabados y con preferencia al derecho del Banco ejecutante, planteándose la tercería en un estado procesal adecuado dado que todavía no se había realizado el pago al acreedor ejecutante.

El Banco Español de Crédito contesta a la demanda oponiéndose y señalando que el crédito del Banco se fundaba en una póliza de crédito suscrita con intervención de Agente de Cambio y Bolsa, en base a la cual se promovió juicio ejecutivo con sentencia de remate y siendo anotado el embargo a su favor en el Registro, y que no constaba anotación de embargo a favor de la Hacienda en ese momento ni tampoco cuando se expidió la certificación de cargas para proceder a la subasta de los inmuebles embargados, habiéndose ya producido el remate de dos fincas. El Banco alega también que «de prosperar la pretensión del Fisco, se lesionarían gravemente todos los principios en que se inspira nuestro sistema hipotecario y tendría el Banco que soportar, además, un perjuicio muy importante que no podía silenciar, o sea, el que les ocasionaría haber interpuesto la Hacienda la tercería en el último momento, cuando ya estaban rematados los bienes embargados», y que «si el tercerista poseía preferente derecho a cobrar y hubiese planteado antes su demanda, al Banco le habría cabido la posibilidad de defender el valor de los bienes embargados interviniendo en la subasta para conseguir que el remate se hubiese efectuado en mejores condiciones, ya que de ello dependía el cobro de su crédito», produciéndose, por tanto, «indefensión al Banco» si prosperase la tercería de la Hacienda.

El Juez de Primera Instancia número 8 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda de tercería, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, basándose en que la Hacienda Pública no ha aportado los datos y circunstancias precisas en período probatorio para determinar si el crédito de la Hacienda Pública existe y es de la cuantía que se expresa en la demanda, no

siendo suficientes los documentos aportados, en que faltan fechas de liquidaciones y de documentos.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos segundo, tercero y cuarto:

«Considerando que contra esta sentencia desestimatoria alza la parte recurrente su recurso, en cuyo primer motivo, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia un supuesto error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.218 del Código civil; toda la tesis impugnativa de este motivo se basa en sostener que la sentencia recurrida desconoce el valor probatorio de la certificación expedida por la Recaudación de Contribuciones obrante en autos, la cual, según la parte recurrente, determina detalladamente los descubiertos fiscales, cuyo cobro se pretende realizar con cargo a la suma de dinero obtenida en la subasta, sobre cuya suma se alega un preferente derecho.»

«Considerando que al razonar así la parte recurrente, olvida que la sentencia recurrida no sólo no desconoce la realidad de los diferentes datos que la certificación invocada proporciona, sino que le otorga a ellos la limitada eficacia probatoria que le confiere el artículo 1.218 alegado; pero, en cambio, lo que no hace dicha sentencia es conceder fuerza acreditativa alguna, a otros datos que no figuran en la certificación y que da como supuestos—pero no probados—, a pesar de que a la representación del Estado le incumbía la carga procesal de justificarlos, conforme al principio general de que el actor debe demostrar la realidad de los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama.»

«Considerando que al no poder prosperar el primer motivo del recurso, ya se hace innecesario el examen y decisión de los demás, porque fuere cual fuese el resultado que ellos ofrecieran, no podrían alterar el fallo desestimatorio de la demanda, que se apoya precisamente en la no aportación por la parte actora de los elementos esenciales acreditativos de la realidad y exigencia legal de cada una de las imposiciones que se dicen en descubiertos, precisos para justificar la preferencia que se invoca, sin que esté por demás hacer constar que la sentencia recurrida tampoco niega el derecho que a la Hacienda Pública le otorgan las disposiciones legales, citadas en los aludidos motivos del recurso, para cobrar sus créditos por descubiertos impositivos con preferencia a otros acreedores del deudor ejecutado, sino que lo único que hace dicha sentencia es exigirla que proporcione la necesaria justificación para acreditar dicha preferencia.»

EL MARIDO NO ES ACTUALMENTE REPRESENTANTE LEGAL EN JUICIO DE SU MUJER DEMANDADA, POR LO QUE NO CABE ADMITIR EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR AQUEL EN FECHA POSTERIOR A LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y SIN CONSTAR EL PODER DE SU ESPOSA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—El Procurador don Francisco Lloret Mayor, en representación de doña Josefa Soler Antón, formula demanda contra doña Rosario Orts Farach, asistida de su esposo, don Andrés Lloret Climent, suplicando se dicte sentencia por la que se declare que la parcela sita en Benidorm, objeto de litigio, es propiedad de la actora, condenando a la demandada a que devuelva la posesión de dicha parcela y se ordene la rectificación

del asiento registral existente a nombre de la misma en cuanto a los linderos sur y oeste, pues con los que constan en el Registro se comprende la parcela propiedad de la actora y eran consecuencia de una modificación unilateral que realizó la demandada con motivo de una operación de agrupación de fincas.

La parte demandada contesta oponiéndose y suplicando se declarase no haber lugar a la demanda, y para el improbable caso de dar lugar a la misma, se declare que la sentencia que se dicte no puede afectar a don Antonio Lloret Climent (marido de la demandada), por no haber sido citado en este pleito como tal.

El Juez de Primera Instancia de Villajoyosa dictó sentencia el 11 de junio de 1974, en la que, sin entrar en el fondo del asunto y estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario de los demandados, doña Rosario Orts Farach asistida de su esposo, absolvió a los mismos de la demanda formulada.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revocó la sentencia del Juzgado estimando la demanda.

El Procurador don Angel Deleito Villa, en representación de los demandados, don Antonio Lloret Climent y doña Rosario Orts Farach, interpone recurso de casación, apoyándose fundamentalmente en la violación de la teoría del litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandado como propietario y administrador nato de la sociedad de gananciales en cuanto a una tercera parte indivisa de la finca (adquirida por la esposa por compra) el marido, por ser dicha participación ganancial, aunque los otros dos tercios sean privativos de la esposa por título de donación. Ha de tenerse en cuenta, pues, que lo que alega no es que el marido no haya sido citado a juicio, pues asistió a su esposa en el mismo, sino que no ha sido formalmente demandado como administrador que es de la sociedad de gananciales, según el artículo 1412 del Código civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que en el acto de la vista de este recurso, por la representación de la parte recurrida *in voce* se adujo como cuestión previa la insuficiencia del poder con que comparece, personándose y formalizando el recurso el Procurador don Angel Deleito Villa, a nombre de don Antonio Lloret Climent, casado con la demandada, condenada en la sentencia de Instancia..., interviniendo aquél en su propio derecho, según se hace constar en el mismo documento.»

«Considerando que si bien dicho poder pudo ser suficiente para ser representada en la Instancia la demandada, doña Rosario Orts Farach, esposa de don Antonio Lloret Climent, atendido el carácter de representante legal en juicio del artículo 60 del Código civil vigente en la fecha en que se inició el pleito y se sustanció en ambas instancias, no sucede igual en el momento de formalizarse el recurso de casación (9 de julio de 1975), ya que por Ley 14 de 1975, de 2 de mayo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 5 de igual mes, fue derogado y modificado dicho precepto, y así en el artículo 62 del texto reformado del expresado Código se establece que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, y el artículo 63 determina que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera conferido voluntariamente, supuesto este último que no resulta del poder con que se comparece en el presente recurso, en fecha que ya había entrado en vigor la expresada reforma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del Texto Articulado del Título Preliminar del Código civil, aprobado con

fuerza de ley por Decreto de 31 de mayo de 1974, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 9 de julio siguiente.»

«Considerando que la insuficiencia del poder, a que queda hecha referencia en el precedente razonamiento, es causa de inadmisión del recurso, como incurso en el número segundo del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Procesal, causa que en el actual momento lo es de desestimación del recurso...»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. LA IDENTIFICACION DE LA FINCA CORRESPONDE APRECIARLA AL TRIBUNAL DE INSTANCIA Y SOLO PUEDE COMBATIRSE EN CASACION POR EL CAUCE DEL ERROR DE HECHO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación de la Administración, Ramo del Ejército, formula demanda contra la Entidad «Inmobiliaria Calderón y Cubero, S. A.», y otros señores más, estableciendo: Que en virtud de autorización concedida por Real Decreto de 26 de mayo de 1920, el Estado, Ramo del Ejército, adquirió directamente, por las escrituras que acompañaba, trece fincas, que fueron inscritas a nombre del Estado en el Registro de la Propiedad de Málaga, teniendo lugar la reinscripción por haberse destruido los libros durante la guerra de liberación, describiéndose como un único solar resultante de las trece descritas; después se produjo una segregación, siguiendo el Estado disfrutando de la quieta y pacífica posesión del resto; que en el año 1971 la posesión fue perturbada por unas obras iniciadas sobre un trozo de terreno de trescientos metros cuadrados aproximadamente, realizadas por la Entidad «Inmobiliaria Calderón y Cubero, S. A.». Suplicaba se dictase sentencia declarando el dominio del Estado sobre la finca, condenando a los demandados a pasar por todas las consecuencias legales de la edificación de mala fe.

La parte demandada se opone negando que la finca sobre la que han edificado sea propiedad del Estado, formulando reconvencción contra el Estado—Ramo del Ejército—a fin de que se declarase mediante sentencia la nulidad del título de propiedad que el demandado decía tener sobre un solar de doce mil doscientos trece metros cuadrados, hoy reducido a menor extensión superficial por virtud de segregaciones, así como la cancelación de la inscripción que el referido título hubiese producido en el Registro de la Propiedad y las posteriores que, derivadas de dicho título de inscripción, se hubieran practicado en los Libros del Archivo de dicha Oficina.

El Juez de Primera Instancia número 6 de Málaga dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por el Estado—Ministerio del Ejército—y estimando la reconvencción formulada por los demandados.

Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, la Sala de Civil de la Audiencia Territorial de Granada confirmó la sentencia apelada, si bien rectificando el pronunciamiento referente a la pretensión reconvenccional, en el sentido de que la nulidad del título del Estado y la cancelación de la inscripción o inscripciones registrales ha de entenderse limitada sólo en cuanto a la extensión y emplazamiento del solar sobre el que los demandados reconvinientes han edificado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declaró no haber lugar al recurso, destacando el último «considerando»:

«Considerando que la sentencia recurrida, en el sexto considerando..., establece como resultado de la apreciación de la prueba, la afirmación de que la finca objeto de la acción reivindicatoria no ha podido ser identificada, identificación que, según constante y reiterada jurisprudencia, corresponde apreciar al Tribunal de Instancia, así como el título de dominio (sentencias de 16 de abril de 1958, 20 de abril de 1950, 22 de febrero de 1954) y las declaraciones que se hagan sobre identidad de la finca sólo pueden combatirse en casación, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; razones por las cuales, al no quedar en este recurso cauce para combatir la declaración del Tribunal de Instancia sobre este requisito axiológico de la acción, es innecesario el estudio de los restantes motivos.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: ES NULA LA DISPOSICION DE LOS ESTATUTOS POR LA QUE SE ESTABLECE LA POSIBILIDAD DE DIVISION O SEGREGACION DE LOCALES SIN NECESIDAD DE APROBACION DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. LA ACEPTACION DE LOS ESTATUTOS POR LOS COMPRADORES IMPLICA UN PACTO DE ADHESION. LA NO CONSTRUCCION DE UNA ESCALERA PROYECTADA NO IMPLICA ALTERACION DE LA ESTRUCTURA DEL EDIFICIO (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Don Vittorio Lepori Renault, en su calidad de Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa número 33 de la calle Ganduxer, de Barcelona, promueve demanda contra «Construcciones Covisa, S. A.», suplicando se dicte sentencia con una serie de pronunciamientos, siendo los más interesantes, por el juego tenido en el juicio, los siguientes: Que se declare nula y sin efecto ni valor alguno la cláusula del Estatuto de Régimen de Propiedad Horizontal de la Comunidad actora, que se refiere a que el departamento número uno, cuya propiedad se reservó la Sociedad demandada, por la que «en cualquier momento, libremente y sin necesidad de autorización alguna de los demás propietarios, podrá ser objeto de división o segregación, en un solo acto o en veces sucesivas», estándose para tal supuesto a lo previsto en la Ley de Propiedad Horizontal; que se condene a la demandada, a su costa y con total indemnidad de la Comunidad actora, a hacer las obras precisas para facilitar acceso directo desde el elemento común destinado a garaje a la planta de máquinas de los ascensores, tal como estaba previsto inicialmente en los planos de ejecución de obras, aun cuando ello suponga menoscabo de la superficie privativa del departamento uno, propiedad de la demandada.

El Juez de Primera Instancia número 16 de los de Barcelona dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, y concretamente estimó los pedimentos antes señalados.

Interpuesto recurso de apelación por «Covisa, S. A.», la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara haber lugar al recurso parcialmente:

«Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error

de derecho en la apreciación de las pruebas, con violación de los artículos 1.218, 1.225, 1.228 y 1.232, todos del Código civil, en relación con los artículos 604, párrafo segundo, 565 y 632 de la Ley de Trámites, y es desestimable, porque del enunciado y desarrollo de la argumentación comprensiva, incluso de razonamientos jurídicos que son impropios del cauce utilizado, claramente se advierte que en realidad lo que intenta el recurrente es que se valore de nuevo la prueba practicada en relación con los sendos temas de que tratan los considerandos segundo, tercero y cuarto de la sentencia recurrida, olvidando que el recurso de casación no es una tercera instancia; pronunciamiento desestimatorio que también se impone respecto al segundo motivo, que, por la misma vía procesal que el anterior, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, porque los documentos que se invocan no dicen nada que expresamente se oponga a lo que la sentencia recurrida afirma, cual tendría que acontecer para que tal error pudiera ser estimado; antes, por el contrario, lo que de tales documentos resulta corrobora las declaraciones de carácter fáctico que contiene la sentencia impugnada, en orden a que sobre una franja de terreno de la finca número 19.610 se constituyó una servidumbre perpetua de paso a favor de la finca número 19.612, que esa franja de terreno da salida al sótano más profundo y al sótano-garaje de la Comunidad y, finalmente, que la escalera de acceso a la caja o planta de máquinas de ascensores desde el sótano-garaje de la Comunidad figuraba en un primer proyecto, en el que no se tenía en cuenta la existencia de otro sótano más profundo, más tarde construido, el cual figura en un segundo proyecto adicional.»

«Considerando que por la vía del número 1.º del indicado artículo 1.692 se articulan los motivos tercero, séptimo y noveno del recurso, los cuales están incursos en la causa de inadmisión prevista en el número cuarto del artículo 1.729 de la propia ley, porque en cada uno de ellos se plantean cuestiones heterogéneas, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.720, a tenor del cual, cuando fueran dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expresarán en párrafos separados y numerados, vicio formal que en esta fase decisoria determina su desestimación, según tiene reiteradamente declarado esta Sala.»

«Considerando que en el sexto motivo, fundado también en el número primero del indicado artículo 1.692, se denuncia la violación, por no aplicación, de los artículos séptimo, párrafo primero, y noveno, primero, de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre Propiedad Horizontal, el cual debe ser igualmente desestimado, porque para que se pueda menoscabar o alterar la estructura de un edificio se requiere, como es natural, la previa existencia, real y efectiva, de tal estructura, supuesto de hecho que aquí no concurre, ya que, según afirma la sentencia recurrida, sin impugnación eficaz en el recurso, la escalera de acceso a la caja de ascensores desde el primer sótano fue simplemente proyectada, habiendo, por otra parte, finalizado la construcción del edificio y constituido éste en régimen de propiedad horizontal sin tal elemento, medio o forma de comunicación.»

«Considerando que la Sociedad demandada, y aquí recurrida, siendo propietaria única del edificio, lo sometió al régimen de propiedad horizontal, dividiéndolo en dieciséis departamentos independientes, y al mismo tiempo que otorgó el correspondiente título constitutivo, lo hizo también de los Estatutos, procediendo posteriormente a la venta de los expresados departamentos, excepto del señalado con el número uno, del que sigue ostentando el derecho singular y exclusivo de propiedad.»

«Considerando que en dichos Estatutos se establece que el departamento número uno, en cualquier momento, libremente y sin necesidad de autorización alguna de los demás copropietarios, podrá ser objeto de división o segregación para formar otros departamentos más reducidos o independientes, disposición estatutaria cuya nulidad se solicita en la

demanda, pretensión que rechaza la sentencia recurrida, y contra esta decisión se alzan los motivos cuarto y quinto del recurso, que, amparados en el número primero del indicado artículo 1.692, denuncian, respectivamente, la violación, por no aplicación, de los artículos 8.º, párrafo segundo, 11 y 16 de la ya citada Ley de 21 de julio de 1960, y la infracción, en el mismo concepto, del artículo 4.º, párrafo primero, del Código civil, y del mencionado artículo 8.º, párrafo segundo, motivos que deben ser acogidos, porque la ley que regula la propiedad horizontal es eminentemente imperativa, y este carácter indudablemente tiene su artículo 8.º, párrafo segundo, en cuanto que, refiriéndose a los supuestos de su párrafo primero, dispone que en tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de Propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5.º, sin alteración de las cuotas de los restantes, precepto legal con el que está en abierta pugna la cláusula o disposición estatutaria discutida, lo que acarrea su nulidad, sin que a esta conclusión pueda eficazmente objetarse que los compradores de los pisos y locales tuvieron que aceptar esa cláusula, que ya figuraba en los Estatutos, aceptación que en ese aspecto, evidentemente, encierra un pacto de adhesión, porque, en todo caso, el principio de la autonomía de la voluntad no entra en juego cuando, cual aquí acontece, es contrario a una norma imperativa, de conformidad con lo prevenido en el artículo 4.º, párrafo primero, entonces vigente, y artículo 1.255, ambos del Código civil.»

Por tanto, declara haber lugar al recurso en cuanto a los motivos cuarto y quinto, casando en ese aspecto la sentencia recurrida.

En la segunda sentencia se declara expresamente la nulidad de la referida cláusula estatutaria, con constancia en el Registro de la Propiedad de las modificaciones que resulten de la citada declaración de nulidad.

COMENTARIO.—La presente sentencia decide un caso que es y seguirá siendo objeto de discusión y comentario entre los autores: el problema de la cláusula estatutaria de la propiedad horizontal por la que se reserva a favor del titular de los bajos o locales la facultad de dividirlos o efectuar segregaciones sin necesidad de aprobación de la Junta de Condueños.

¿Es válida e inscribible tal cláusula? ¿O es nula por infringir lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal?

La doctrina científica se había manifestado de distinta manera:

a) Algunos autores estimaban admisible tal cláusula en ciertos supuestos. Así, MONET, después de considerar «lógicamente discutible» la posibilidad de una norma estatutaria en este punto, que autorice libremente tales supuestos y remita a los interesados la distribución de cuotas, sin intervención ni autorización de la Junta de Dueños, se inclina «por la solución permisiva, pese al aparato legal», porque estima «que no es algo que afecte tan vital y entrañablemente a la competencia de la Junta que la misma no pueda delegar en tercero, y porque esta delegación puede operarse en los mismos interesados, con lo que la solución permisiva resulta clara, ya que tal posibilidad puede venir ordenada institucional y apriorísticamente en los propios Estatutos y en abstracto». «Por otro lado—continúa diciendo MONET—, los hechos mismos fuerzan a esta solución lógica ante el caso que plantean las plantas bajas. Constituida la propiedad horizontal de la finca, el promotor ignora cuál va a ser efectivamente la superficie y número de los locales, pues ello dependerá de las posibilidades de mercado que ofrezcan. En tal caso no resulta justo forzarle a obtener consentimiento y aprobaciones de sus compradores de los pisos. Ciertamente es que cabría ir ratificando esta autorización en cada venta de alturas que haga, jugando con poderes irrevocables que se haya hecho

otorgar en cada venta precedente respecto de los compradores anteriores, multiplicando de esta manera las Juntas de Dueños en cada escritura de piso; pero toda esta articulación sólo prueba la legitimidad y naturalidad de tal facultad en favor del propietario de los bajos, que abonan por sí solos la naturalidad y la legitimidad del pacto estatutario de este punto. Y nos referimos—termina MONET—sólo a las plantas bajas, sin hacer extensión del supuesto a los pisos altos, pues es el especial y privativo Estatuto jurídico de los bajos del edificio lo que reclama la posibilidad de la norma, que, en cambio, no se alcanza a ver en cuanto a los pisos altos por las dificultades de la división material que normalmente entrañan y que se reflejan en el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal» (8).

La CÁMARA también prevé la posibilidad de una cláusula estatutaria distinta del artículo 8.º, siempre que haya una justificación para prescindir del mismo (9).

BATALLA, pensando en las plantas bajas (como MONET), cree posible que se asigne a una parte concreta una participación, reservándose el propietario expresamente la facultad de subdividirla por sí solo en varios locales, atribuyendo a cada uno de éstos su cuota de participación. Y dice que esto se puede establecer en el título constitutivo, obligando entonces no sólo al propietario o propietarios que lo establecieron, sino también, por considerarlos adheridos, a quienes entren después a ser copropietarios del edificio, ya que lo conocen por el Registro (10).

b) Otros autores se muestran contrarios a la citada cláusula estatutaria. Así, ALVAREZ ALVAREZ dice respecto a MONET que «aun reconociendo la fuerza de sus razones» y pareciéndole «una solución práctica acertada», cree que «entraña una modificación de una norma legal imperativa, que excede de las posibilidades de los Estatutos». «Lo que sí será posible—dice—es obtener ese mismo resultado no con carácter general, sino para algún caso—plantas bajas, por ejemplo—, por vía de una primera Junta, inmediatamente de constituida la propiedad horizontal en la que se autorice esa división y distribución de cuotas, señalando unos módulos orientados en el artículo 5.º, lo cual no es alterar la norma legal, sino prever una necesidad y conceder una autorización antes que llegue el caso de que se haga la obra, lo mismo que se puede hacer con el derecho de elevar nuevas plantas» (10 bis). Obsérvese cómo este autor, aun reconociendo que la cláusula objeto de estudio infringe la norma imperativa del artículo 8.º, trata de buscar una salida al supuesto dando un rodeo ingenioso, pero, a nuestro modo de ver, innecesario, como después indicaremos.

Por su parte, ESCRIVÁ DE ROMANÍ (11) considera «muy dudoso que pueda concederse la facultad de fijar alguna cuota a un comunero o que el propietario único del edificio, al constituir la propiedad horizontal, pueda reservarse la facultad de fijar determinadas cuotas (por ejemplo, las que puedan resultar de la división de un local en otros más pequeños, aun cuando ese local sea de la exclusiva propiedad del que va a fijar la cuota). Parece que, todo lo más—afirma—, estas reservas de facultades deben considerarse como apoderamientos revocables». Lo cual, entendemos nosotros, aparte de prever un extraño apoderamiento, otorgado por el apoderado mismo en su beneficio, no soluciona el problema ante el peligro de revocación de tal facultad. Más adelante interpreta el artículo 8.º en el

(8) *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal.*

(9) «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana». Ponencia IX al Congreso Internacional del Notariado Latino, en colaboración con SOTO BISQUERT y GARRIDO CERDÁ, pág. 62.

(10) Citado por ALVAREZ ALVAREZ.

(10 bis). *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, en Centenario de la Ley del Notariado, Sección 2.ª, vol. 2.º, pág. 534.

(11) «Lo imperativo y lo dispositivo en la Ley de Propiedad Horizontal», en el núm. 462 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 1252 y 1259.

sentido de que sólo es imperativo que fije las cuotas la Junta, siendo libre la decisión de dividir de los interesados.

Hasta aquí la doctrina de los autores, que o bien admite la validez de la cláusula estatutaria referida a los bajos o trata de buscar otra fórmula para cumplir de algún modo la finalidad que aquélla pretende.

La presente sentencia, dentro de la segunda dirección, pero sin paliativo alguno, considera nula la cláusula estatutaria, casando la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había considerado lícita y válida la misma.

Sin embargo, Notarios y Registradores y juristas en general pueden moverse con libertad en la interpretación y aplicación de la normativa legal sobre esta cuestión, pues, como es sabido, el número 6 del artículo 1.º del Código civil alude a la doctrina que «de modo reiterado» establezca el Tribunal Supremo y no a la que resulte de una sola sentencia, como ocurre en el presente caso.

Además, hay que matizar bien las circunstancias específicas del supuesto de hecho planteado y los argumentos empleados por la sentencia, pues así se evitarán generalizaciones inadecuadas.

La cláusula estatutaria constitutiva del supuesto de hecho de la sentencia no contiene límites respecto a la facultad de división o segregación: «en cualquier momento y libremente»; alude a «división o segregación de locales», es decir, no se refiere al supuesto que luego indicaremos relativo a «huecos sin terminar ni tabicar». Esto resulta de los propios «considerandos». Además, aunque haya que tomarlo de los «resultandos» y sea, por tanto, menos seguro, quizá no haya que olvidar que los locales no iban a tener salida a la vía pública o elemento común y que el supuesto de hecho se complicaba por el problema del garaje y del uso del mismo, en detrimento de los demás, por lo que podrían ser varios titulares del local, en caso de división. Por tanto, la cláusula estatutaria no había precisado esta cuestión, lo que obliga a tacharla de imprecisa e incompleta.

Con todo esto queremos recalcar que aun a quien le convenciera la argumentación de la sentencia, no le sería permitido aplicarla sin más a otros supuestos de hecho y a otras cláusulas estatutarias que respondan a una distinta perspectiva.

En cuanto a los argumentos utilizados por la sentencia podemos esquematizarlos en los dos siguientes, íntimamente enlazados:

1.º «La ley que regula la propiedad horizontal es eminentemente imperativa, y este carácter indudablemente tiene su artículo octavo, párrafo segundo, en cuanto que, refiriéndose a los supuestos de su párrafo primero, dispone que en tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de Propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, con sujeción a lo dispuesto en el artículo quinto, sin alteración de las cuotas de los restantes, precepto legal con el que está en abierta pugna la cláusula o disposición estatutaria discutida, lo que acarrea su nulidad.»

Pero lo que hay que preguntarse realmente es si el supuesto de hecho al que obedece la cláusula estatutaria en cuestión está o no en abierta pugna con el artículo 8.º, cosa que la sentencia da, por supuesto, como algo evidente. Nosotros creemos que la citada cláusula estatutaria responde, por lo general, al supuesto de bajos sin terminar, que no son todavía locales, sino simples huecos sin tabicar, en espera de ser terminados cuando las concretas demandas del mercado precisen la situación. Nos parece que el artículo 8.º se refiere a pisos y locales propiamente dichos, que no sean una mera entidad formal hipotecaria, sino un verdadero piso o local en su estructura física, pues sólo así puede hablarse propiamente de «pisos reformados» (como dice el párrafo segundo) y de «división material de

pisos o locales». En cambio, el supuesto al que responde la cláusula estatutaria es el de local o locales sin terminar ni estar formados todavía. No es la facultad de dividir un piso o local lo que se reserva el dueño, sino la facultad normal de todo propietario de terminar la obra y de decidir un poco más tarde lo que podría hacer libremente desde el primer momento: formar uno o varios locales. Frente a esta interpretación, no creemos que se nos pueda tachar de literalistas, pues la misma responde también a una técnica finalista, como ahora diremos, siendo conscientes de que no es lo mismo reservarse caprichosamente la facultad de modificar la estructura física ya existente, que reservarse la facultad de terminar obras comenzadas en uno u otro sentido.

Y esto lo mantenemos aún más desde la perspectiva de la presente sentencia, que a propósito de otra cuestión que se plantea, la del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, referente a si por no hacer el constructor una escalera proyectada se había menoscabado o alterado la estructura del edificio, la sentencia entiende que para «alterar la estructura de un edificio se requiere, como es natural, la previa existencia, real y efectiva, de tal estructura, supuesto de hecho que aquí no concurre».

Ciertamente, no sabemos, en concreto, si el local estaba o no terminado en el caso de la sentencia, pero lo que queremos resaltar es que el argumento no puede ser aplicado con la misma fuerza en relación con la cláusula estatutaria, que luego expondremos, relativa a «huecos en los bajos sin tabicar ni terminar».

Todavía queda la cuestión de las cuotas, a la que también se refiere el párrafo segundo del artículo 8.º A propósito de esto, entendemos que si el constituyente del régimen de propiedad horizontal tiene facultades para terminar en uno u otro sentido los bajos sin tabicar, hay que concederle también la facultad de fijar las cuotas respecto a los mismos, conforme a los criterios que establece el artículo 5.º (superficie útil, situación o emplazamiento), siempre, como es natural, que actúe dentro de la cuota global que corresponde al hueco sin tabicar. Sin embargo, admitimos cualquier impugnación basada en no haberse acomodado el mismo a tales criterios. A lo más que podríamos llegar es a admitir que las cuotas de las nuevas entidades formadas debe fijarlas la Junta de Propietarios, de acuerdo con los datos o criterios objetivos del artículo 5.º, lo que no significa que tenga que decidir necesariamente el problema de la división del hueco de la parte baja sin tabicar. En este sentido se manifiesta *ESCRIVÁ DE ROMANÍ*, aunque reconoce que es desacertada la norma del artículo 8.º Pero preferimos mantener la otra postura de que el titular que se reserva la facultad de división del hueco, puede reservarse también la facultad de fijar las cuotas, conforme a tales criterios del artículo 5.º o conforme a uno de ellos (superficie útil, por ejemplo, en caso de que el emplazamiento se estime indiferente).

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que no se trata de una infracción directa del artículo 8.º, pues cabe interpretar lo siguiente: no se trata de infringir lo que establece el artículo 8.º, sino de anticipar el requisito del mismo a un supuesto de hecho futuro. En el fondo, se cumple de alguna manera lo previsto en el artículo 8.º, pues según el artículo 5.º, el propietario o propietarios iniciales tienen las mismas facultades que tendría una Junta de Propietarios y hasta podemos decir que hacen las veces de la misma. Por tanto, donde el artículo 8.º dice «Junta de Propietarios» puede perfectamente leerse «propietario único del edificio» o «propietarios existentes». Tampoco creemos haga falta recurrir al sistema que patrocina *JOSÉ LUIS ALVAREZ*, de plantear la cuestión de la división en la primera Junta de Propietarios, cuando, por ejemplo, sólo hay dos propietarios, pues se trata del mismo supuesto que el de título constitutivo inicial, siendo aquel sistema un rodeo o vía indirecta para llegar al mismo re-

sultado. Queremos decir, en definitiva, que tampoco hay por qué plantear la cuestión de un modo tan grave o dramático como la plantea el Tribunal Supremo, habiendo base para interpretar que el artículo 8.º no ha sido infringido, sino modalizado en los Estatutos a base de una anticipación perfectamente lícita. En otro caso, podría llegarse a las siguientes situaciones absurdas: aunque una Junta de Propietarios autorizase la división, podrían incorporarse nuevos propietarios antes de iniciarse las obras, que bien podrían alegar que ellos no han autorizado ni aprobado tal división. Lo cual es absurdo y demuestra que no hay más remedio que interpretar el artículo 8.º en el sentido de que permite cierta anticipación del requisito exigido. Si a todo lo dicho se une que el supuesto que nosotros contemplamos es el de «huecos para locales sin tabicar» y no división caprichosa de pisos o locales ya terminados y en funcionamiento, se comprenderá la necesidad de no dramatizar el problema del artículo 8.º

2.º La sentencia completa la argumentación anterior añadiendo lo siguiente: «Sin que a esta conclusión pueda eficazmente objetarse que los compradores de los pisos y locales tuvieron que aceptar esa cláusula, que ya figuraba en los Estatutos, aceptación que en ese aspecto evidentemente encierra un pacto de adhesión, porque, en todo caso, el principio de la autonomía de la voluntad no entra en juego cuando, cual aquí acontece, es contrario a una norma imperativa, de conformidad con lo prevenido en el artículo cuarto, párrafo primero, entonces vigente, y artículo 1.255, ambos del Código civil.»

Por tanto, el Tribunal Supremo refuerza sus afirmaciones trayendo a colación la figura del «pacto de adhesión», que, como se sabe, suele ir relacionada con supuestos en que hay una parte más débil, indefensa muchas veces ante los abusos de la parte más fuerte (11 bis).

Creemos que la idea del «pacto de adhesión» aplicada al caso de compradores de pisos puede dar lugar a soluciones justas sirviendo de freno a posibles abusos de los vendedores. Pero el caso que nos ocupa no supone ningún abuso, sino una previsión perfectamente lícita y legítima, a la que nada afecta la aplicación de la figura del «pacto de adhesión».

Ante todo, conviene precisar dos cosas. La primera es que el «pacto de adhesión» sólo puede ir referido a la compraventa, no al acto constitutivo de los Estatutos, totalmente extraño a aquella figura. Efectivamente, los Estatutos surgen o por la decisión del propietario único del edificio (acto unilateral) o por convenio de los propietarios existentes (acto plurilateral). En ningún caso se precisa la aceptación ni adhesión de futuros compradores para considerarlos jurídicamente perfectos y existentes. En este sentido, tiene razón MONET cuando dice que «los Estatutos surgen como tales y con la plenitud de sus efectos sin necesidad de aceptación alguna de los terceros adquirentes de pisos. Los Estatutos son erigidos por la exclusiva disposición de la parte propietaria, provocando el entramado jurídico correspondiente en la plenitud de sus efectos. Y no precisan la aceptación de terceros adquirentes, por lo que se comprende huelgue toda equívoca referencia a ideas de adhesión, confirmación o consentimiento de estos terceros adquirentes, aquí inoperantes y confusionistas». Y parece que la sentencia de la Audiencia siguió estas afirmaciones de MONET. Pero lo cierto es, y en esto damos la razón a la sentencia del Supremo, que casó la de la Audiencia, que cuando se vende un piso se comprenden todas las condiciones previstas en los Estatutos, y desde esta perspectiva, el comprador se adhiere a las cláusulas estatutarias redactadas con anterioridad a su adquisición. Por tanto, aun aceptando la tesis de MONET, se puede llegar por la vía de contemplación del contrato de compraventa y de sus

(11 bis) En supuestos de transmisiones lucrativas de pisos no hay sombra alguna de «adhesión» nula. Lo que ha de tenerse en cuenta como refuerzo de lo que ahora veremos sobre la eficacia de los Estatutos desde el principio, prescindiendo de la clase de transmisión que se proyecta.

condiciones a la figura del pacto de adhesión. Y esto es lo que dice el Supremo: no que los Estatutos exijan aceptación ni adhesión, sino que los *compradores de los pisos*, al aceptar la cláusula estatutaria, formalizaron un «pacto de adhesión». O sea, los Estatutos existían ya jurídicamente sin necesidad de aceptación, si se sigue la tesis acertada de MONET; pero el contrato de compraventa posterior incluye la oferta de las cláusulas estatutarias, y en este sentido, la aceptación por el comprador del contrato y sus cláusulas implica pacto de adhesión.

Esta calificación que hace la sentencia no es nueva en realidad. Ya la había patrocinado AMORÓS GUARDIOLA con motivo de un comentario a otra cláusula estatutaria, concretamente la de formalización de un apoderamiento por los futuros compradores para permitir rectificaciones de porcentaje al vendedor. He aquí lo que dijo AMORÓS: «La cláusula estatutaria discutida encierra evidentemente un pacto de adhesión. Los sucesivos compradores de los pisos han de aceptar necesariamente esa delegación en favor de la sociedad vendedora que les viene impuesta por los Estatutos.» Y más adelante: «Y no se diga que los compradores de los pisos son libres de comprar o no, y que al comprar ya prestan su consentimiento al poder así impuesto. Porque tampoco aquí el contrato de compraventa es plenamente voluntario. La necesidad social de las viviendas es especialmente aguda en la época actual. Por ello, en la venta de viviendas se produce tantas veces el fenómeno social de los contratos impuestos o por adhesión, en que el vendedor obliga al comprador a realizar determinadas prestaciones o a sufrir ciertas limitaciones, porque éste no puede renunciar a la compra de ese piso y adquirir otro... En todo caso, cuando ello ocurra, no parece que pueda utilizarse el principio de la autonomía de la voluntad para salvaguardar jurídicamente los condicionamientos de la parte vendedora» (*R.C.D.I.*, núm. 479, pág. 981).

Y nosotros, por lo ya dicho, aceptamos la calificación de «pacto de adhesión» respecto a las condiciones impuestas previamente por el *vendedor* en los Estatutos.

Ahora bien, hecha esta primera aclaración, decíamos antes que había que precisar un segundo punto, y es que no por tratarse de un pacto de adhesión hay que considerarlo nulo. En la práctica diaria se multiplican los pactos de ese tipo que son perfectamente válidos. Y es que sólo hay que considerarlos nulos cuando sean «inmorales o contrarios al orden público» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN) (12) o a la ley imperativa (como dice esta sentencia). Creemos haber demostrado que la cláusula estatutaria objeto de estudio no va contra la ley imperativa, ni tampoco va contra la moral o el orden público. Por el contrario, la citada cláusula responde a la necesidad de salvaguardar el interés legítimo de todo propietario de dar fin a las obras no terminadas, siempre que no perjudique a otros propietarios. Todos los autores, incluso los contrarios a la validez de la cláusula, buscan una solución o salida para tal situación de hecho, lo que revela una inquietud por resolver en la práctica un interés digno de protección. Como decíamos antes, ese interés es el del titular de los bajos, que no tiene de momento, ni puede tenerlo (a no ser que se le obligue a jugar a la lotería), un criterio fijo de cuáles van a ser las demandas del mercado. Se encuentra ante el problema de que no sabe si conviene formar un solo local muy grande o dos o tres más pequeños. Todo dependerá de la demanda; no es lo mismo comprar un local para frutería que para un «supermercado». Por tanto, si se prescinde de tal cláusula, se producirán las siguientes situaciones irregulares: o que el titular de los bajos decide terminarlos y tabicarlos antes de vender los pisos, con lo que jugará, como hemos dicho, a la lotería, a no ser que prefiera no vender de momento los pisos hasta haber tomado una decisión, lo que también es absurdo, pues la

(12) *Instituciones de Derecho Civil*, 1ª ed., vol. I, pág. 336

necesidad social de vivienda no permite dilaciones, aparte de que él mismo se perjudicaría al no recibir el dinero que puede precisar, o bien decide dejar al arbitrio de la Junta de Propietarios la cuestión de si se debe formar uno o varios locales en los bajos. Con lo cual, aparte de lo ya dicho sobre la no aplicación del artículo 8.º, se expone a coacciones o pasividad de los copropietarios que quieran obtener algo a cambio. No se olvide que actualmente hay muchos pisos y propietarios en un edificio, pues se construyen muchas plantas, dándose toda clase de caracteres según las personas, con posibilidad de que actúe la mala fe o, al menos, la dificultad de conseguir un acuerdo sobre un tema que en el fondo no afecta a los copropietarios nada más que en situaciones-límite, que se pueden evitar con una cláusula estatutaria como la que luego señalaremos. En definitiva, hay base para pensar que la parte débil en el punto concreto que estamos examinando es más bien el titular de los bajos, que se expone, si no establece una cláusula de reserva de facultades, a tener que «adherirse» a las condiciones impuestas desde arriba por los demás copropietarios.

Además, traemos a colación un supuesto que ofrece analogías, admitido por la legislación, doctrina y jurisprudencia, a pesar de que ofrece mayor gravedad para los titulares de los pisos que la inofensiva cláusula estatutaria de la que nos ocupamos. Nos referimos, como puede suponerse, a la reserva estatutaria a favor del propietario del edificio del derecho de elevar una o más plantas, con modificación incluso de las cuotas de participación de los pisos restantes. Este supuesto está previsto en el artículo 16, número 2.º, del vigente Reglamento Hipotecario y lo admite de modo concreto la resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de abril de 1970, que coordina la aplicación de dicho precepto en relación con el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, considerando inscribible la reserva del derecho de elevar plantas establecido en el otorgamiento unilateral de los Estatutos. Y aunque no profundiza en el problema de si el artículo 11 de la ley ha derogado el número 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, AMORÓS GUARDIOLA, en su magnífico comentario, aclara así la cuestión: «Pienso que no. Porque, supuesto el valor jerárquico superior y la fecha posterior de la Ley de Propiedad Horizontal, para que el artículo reglamentario quedara derogado por ella haría falta que ambas normas fueran incompatibles, que el mandato del Reglamento se opusiera a los contenidos de la ley. Y no parece que así ocurra. La ley exige la unanimidad para la fijación y modificación de las cuotas. Y el Reglamento permite que esa unanimidad pueda estimarse cumplida *a priori* cuando el constructor se reserve el derecho a levantar nuevos pisos, siempre que en esa reserva se especifiquen las cuotas futuras» (13).

Pues bien, si se admite esta reserva del derecho a levantar plantas, que es lo más (pues se modifican incluso las cuotas de los restantes pisos), hay que admitir necesariamente la reserva estatutaria de la facultad de formar uno o varios locales en el hueco de los bajos (pues no se modifican las cuotas de los restantes pisos). Pero estamos en un argumento «a mayor abundamiento», de modo que, aunque se optara por no admitir la reserva de la facultad de elevar plantas, no por eso habría que rechazar la reserva que estudiamos, cuyo efecto es mucho menor. Pero es que el propio Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de marzo de 1968, ha admitido la reserva del propietario relativa a levantar nuevas plantas (14).

Próximos ya al final del presente comentario crítico, procede resumir nuestra opinión sobre el problema de la cláusula estatutaria en cuestión. Nosotros creemos que hay que distinguir dos supuestos, que entendemos

(13) En el número 479 de esta Revista, pág. 983.

(14) Citada por SOTO BISQUERT en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, pág. 946, nota 40.

son diferentes: en primer lugar, el supuesto de reserva de la facultad de dividir «libremente y en cualquier momento» pisos o locales ya terminados, al que hay más base para aplicar el artículo 8.º de la ley y que no obedece a ninguna finalidad objetivamente atendible, y en segundo lugar, la cláusula estatutaria por la que el titular de huecos sin terminar se reserva la facultad de terminarlos formando uno o varios locales. Este segundo supuesto lo consideramos perfectamente admisible, pues no cae en el radio de acción del artículo 8.º de la ley, ni siquiera es el supuesto de la presente sentencia. Y aunque lo fuera, una sola sentencia no constituye doctrina interpretativa vinculante para los juristas que se ocupan de la interpretación y aplicación de las leyes.

Queremos hacer hincapié en que las cláusulas estatutarias que respondan a tal situación de hecho deben seguir admitiéndose, pero a condición de que aparezcan bien precisadas y depuradas para no caer precisamente en el supuesto del que se ocupa esta sentencia. Esta precisión y depuración consistirá en lo siguiente: no se debe hablar de dividir pisos o locales, sino de la facultad de terminar los huecos existentes en los bajos mediante la formación de uno o varios locales, pudiendo, en consecuencia, formalizar las oportunas operaciones registrales de división o segregación; se determinará el número máximo de locales que pueden formarse, si fuera posible, con objeto de cumplir el principio de fijeza del título constitutivo (15); la cláusula estatutaria podrá anularse si ese número máximo de locales no cumple los requisitos objetivos señalados por la Ley de Propiedad Horizontal, a saber: susceptibilidad de aprovechamiento independiente y salida propia a elemento común; se indicará la facultad del titular para distribuir la cuota global entre los locales formados con arreglo a un criterio objetivo, sabiendo que esta fijación de cuotas puede ser impugnada por los copropietarios si no se adapta a los criterios previstos en la ley; reserva de un adecuado espacio para todos los posibles locales en el uso de ciertos elementos comunes, como garaje, para que quede bien concretada la forma de usar tales elementos por todos los copropietarios; posibilidad de aplicar la misma normativa a las plantas superiores destinadas a oficinas y no sólo a los bajos, ya que existe la misma *ratio* en uno y otro caso; previsión respecto a las puertas de comunicación con el exterior o con elemento común de los locales que se formen, teniendo en cuenta que no se va a modificar la fachada, sino que se va a concretar la misma, ya que se trata de supuestos en que no hay fachada todavía, sino una pared provisional de ladrillo, y cualquier otra precisión que se estime pertinente en cada caso de acuerdo con las características del edificio y elementos comunes del mismo.

Por tanto, la cláusula estatutaria que nosotros proponemos podría ser más o menos así: «El titular o titulares del departamento número ..., que constituye una entidad registral, pero desde el punto de vista físico no ha sido terminado todavía, representando actualmente un hueco sin tabicar, podrá terminarlo formando uno o varios locales independientes, pudiendo a tal efecto otorgar por sí solo las correspondientes escrituras de división o segregación. El número de dichos locales no podrá exceder de... (aquí se pondrá el número máximo admisible teniendo en cuenta la susceptibilidad de aprovechamiento independiente y salida propia) y tendrán entrada independiente por una puerta en la fachada, que actualmente está sin terminar (o por el portal, si se ha abierto puerta por ahí). Dicho titular o titulares distribuirán la cuota global actualmente asignada al departamento entre cada uno de los locales que, en su caso, se formen, teniendo en cuenta los criterios objetivos del artículo 5.º de la ley, y si todos ellos

(15) Además, los compradores de los pisos tendrían bases en que atenerse, a efectos de mayorías y cómputos de votos. Sobre la fijeza del título constitutivo, véase el trabajo de MONTES PEÑADES en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, III.

tienen salida a la misma calle, la distribución se hará conforme a la superficie útil de cada uno (esto puede ponerse, silenciarse o redactarse según las circunstancias de cada caso). Respecto a la plaza de garaje, el titular se reserva el espacio de 'tantos' metros cuadrados, que distribuirá en su día entre cada uno de los locales formados. En el supuesto de que no hubiera espacio suficiente para todos ellos, se fijará un turno por períodos de tiempo, de modo que no puedan quedar afectados los demás copropietarios (no obstante, es conveniente prever de antemano esta cuestión, reservándose plazas de garaje suficientes para todos o, si no es posible, excluir de su uso a algunos de los locales que se formen, que no contribuirían a los gastos de mantenimiento de tal elemento común).»

COMPRAVENTA DE PISO FUTURO. DIFERENCIA CON PROMESA DE VENTA. SUPERFICIES UTIL Y CONSTRUIDA: ES ACERTADO EL CRITERIO DE ATENERSE A LA PRIMERA, PUES EL RECORRENTE NO DEMUESTRA LA RAZON DE ATENERSE A LA SEGUNDA (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Doña María Lledó Briz presentó demanda contra don Mariano Saiz Jiménez y doña Piedad Adalid Millán fundándola en que la actora había otorgado escritura de compraventa a favor de los demandados de una finca por el precio de cinco millones sesenta y siete mil pesetas, de las que se recibieron en el acto dos millones seiscientos trece mil cuarenta pesetas, comprometiéndose don Mariano a satisfacer el resto en el día en que se concediera a las Viviendas de Protección Oficial, que proyectaba construir sobre el solar comprado, la calificación definitiva. Simultáneamente a este acto suscribieron un documento en que el adquirente del solar se comprometió a escriturar a favor de la actora, para el pago del saldo a su favor, inmediatamente que se otorgue la escritura de declaración de obra nueva, los pisos señalados con las letras A, B y C de la planta segunda del inmueble resultante sobre el solar objeto de enajenación, por precio de seis mil seiscientos cincuenta pesetas metro cuadrado de superficie edificada útil y habitable. Como los demandados no habían escriturado los pisos a favor de la actora, a pesar de haber sido requeridos por ésta, interponía esta demanda suplicando se dictara sentencia declarando que la actora es propietaria de las viviendas A, B y C de la planta segunda del edificio sito en Cuenca, en avenida José Antonio, 60, condenando a los demandados a hacer entrega a aquélla de los pisos con los anexos, derechos y servidumbres que les correspondan, aparte de otros tres pedimentos.

La parte demandada contesta a la demanda oponiéndose porque existían hipotecas sobre los pisos, se habían construido garajes y se habían hecho mejoras en las viviendas, además del aumento de precio de los materiales desde la fecha en que se proyectó la edificación y del cambio de precio de las viviendas fijado por el Ministerio del Ramo, por lo que atenderse a la letra del contrato haría a éste leonino. Solicita en reconvencción la resolución del contrato.

El Juez de Primera Instancia de Cuenca dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la reconvencción.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete revocó la sentencia del Juzgado, estimando en parte la demanda y desestimando la reconvencción, y declarando que condena a los demandados a que, en cumplimiento de la obligación contractualmente establecida, otorgue escritura pública de transmisión de la propiedad de las viviendas letras A, B

y C de la planta segunda del edificio, cuyo otorgamiento supondrá carta de pago del precio aplazado.

Los demandados interponen recurso de casación, pues el objeto del supuesto contrato de compraventa no está perfectamente identificado, ya que en la Cédula figura su mayor superficie construida, que no se ha tenido en cuenta, y, además, el contrato habría que calificarlo como de promesa de venta. En tercer lugar, con los garajes no se había contado en el momento de suscribir el contrato, por lo que es absurdo que se tengan que entregar, sin que proceda aplicar el artículo 1.470 del Código civil, como hace la Sala.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el motivo primero acusa la existencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, el cual no puede prevalecer dado que el Tribunal sentenciador tomó como base del cálculo del número de metros cuadrados consignados en la Cédula de Calificación Definitiva la superficie útil de cada una de las viviendas, que figura, entre otros, al folio 107 de los autos, y no la superficie construida, que se detalla, entre otros, al folio 108 de los mismos autos, sin que el recurrente intente demostrar siquiera que para proceder acertadamente el Tribunal *a quo* debió tomar como base esta última superficie, que es a la que se atiene el impugnante al desarrollar este motivo.»

«Considerando que el motivo segundo y último está incurso en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, en contra de lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 1.720 de la misma ley, mezcla y confunde el tratamiento de dos cuestiones distintas, a saber, la referente a la calificación del contrato litigioso y la relativa a la extensión y efectos del cumplimiento de una de las obligaciones del vendedor, la de entregar la cosa vendida, y asimismo incurre en la causa de inadmisión quinta del citado artículo 1.729, toda vez que ninguna de dichas cuestiones fue planteada claramente por las partes en el momento oportuno del curso de la Primera Instancia del pleito; causas de inadmisión que en la actual fase procesal quedan convertidas en causas de desestimación, según lo tiene proclamado reiteradamente la doctrina de esta Sala.»

«Considerando que, aparte de ello, en cuanto al problema atinente a la calificación del contrato litigioso, denuncia el recurrente la aplicación indebida del artículo 1.450 y la violación del artículo 1.451, ambos del Código civil, y de la doctrina contenida en las sentencias que cita; alegación que no puede prosperar, porque no puesto en duda por el recurrente el tipo contractual, actual o definitivo, tampoco la hay de que fue calificado acertadamente aquel contrato de compraventa de cosas futuras y no de precontrato o promesa de compraventa, pues es obvio que para hacer prevalecer esta última calificación son irrelevantes las dos circunstancias destacadas por el impugnante, a saber, la reserva por parte de la compradora de la facultad de designar la persona o personas a favor de las cuales habrá de otorgarse el contrato de venta y la diferencia—supuesta, como se ha indicado en el considerando primero—entre la cabida asignada a las viviendas en el contrato y la resultante de la futura construcción de la casa; independientemente del problema relativo a los garajes, que ha de quedar fuera de la discusión por lo que se dice seguidamente.»

«Considerando que en cuanto al problema referente a la entrega de los garajes y de sus efectos, acusa el recurrente la aplicación indebida del artículo 1.470 en relación con el 1.469 del Código civil, precepto el primero invocado en el considerando noveno de la sentencia combatida; cuestión que no puede ser tratada ahora en casación, porque este recurso extraor-

dinario, según la jurisprudencia constante, no se da contra los considerandos, sino contra la parte dispositiva de la sentencia de Instancia, y en el caso del día no ha trascendido al fallo de la resolución impugnada ese razonamiento del juzgador de segundo grado, pues ha quedado ceñida la condena a la entrega y formalización escrituraria de las tres viviendas objeto de la pretensión de la actora.»

COMENTARIO.—Podemos destacar tres temas de interés en esta sentencia:

A) *Distinción entre compraventa de cosa futura y precontrato.*—Según el recurrente, en el contrato quedó sin determinar en dos aspectos fundamentales: en lo relativo a la persona del comprador, ya que se estableció que la futura escritura de transmisión de propiedad de los pisos se otorgará a favor de doña María Lledó o de la persona o personas que ésta designe, y en lo relativo a la cosa objeto del contrato, al no concretarse la superficie construida, sino sólo la útil. En consecuencia, entiende que lo que los contratantes celebraron fue un contrato de promesa de venta, no de compraventa, cuyos efectos son muy distintos.

El Tribunal Supremo respeta la calificación del contrato como compraventa de cosa futura, tal como había interpretado la Audiencia, y destaca la diferencia con el precontrato o promesa de compraventa. Pero la doctrina de la sentencia se refiere únicamente al examen de una diferencia, por vía negativa, es decir, no contiene doctrina positiva sobre lo que debe entenderse por compraventa de cosa futura o por promesa de venta, sino que señala lo que *no es* determinante del concepto de precontrato, frente a la tesis del recurrente. En suma, afirma que para el concepto de precontrato son irrelevantes las dos circunstancias destacadas por el recurrente.

Con ello pensamos que el Tribunal Supremo prescinde de aquel concepto de precontrato según el cual se trata de una figura en la que las partes sólo sientan unas líneas básicas, que serán en su día objeto de complemento y desarrollo (ROCA SASTRE), pues desde esta última perspectiva no dejaría de ser irrelevante la imprecisión momentánea en cuanto a la persona y el objeto del precontrato.

B) *El valor de los conceptos de superficie útil y superficie construida para la determinación del piso.*—En el contrato privado celebrado entre las partes se aludía a la obligación de entrega de los pisos señalados con las letras A, B y C de la planta segunda del inmueble, a razón de seis mil seiscientos cincuenta pesetas metro cuadrado de superficie edificada útil y habitable.

Lo primero que podemos plantearnos es si es ortodoxa esa forma de determinar el objeto del contrato. No cabe duda de que, a efectos de inscripción, es inadmisibile. Pero aquí se trataba de un contrato privado, previo al otorgamiento de la escritura, en que no se plantea el problema registral, sino el problema civil de la determinación del objeto del contrato. LA CÁMARA ya había mostrado sus dudas sobre la validez misma del contrato poniendo este ejemplo: «Si se dice que se vende el piso a construir, que será el apartamento X de la planta Z, sin mayores especificaciones, supuesto en el que podría dudarse con fundamento de la validez misma del contrato por falta de determinación del objeto, pues una cosa es que lo que se vende sea una cosa futura, y otra, que ésta, a los efectos de vincular a las partes, no haya de cumplir la exigencia establecida por el número 2 del artículo 1.261 del Código civil» (16).

Ahora bien, quizá no sea éste el supuesto de la sentencia, pues se trataba de unas Viviendas de Protección Oficial, en las que la Cédula de Cali-

(16) *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, en publicación del Centro de Estudios Hipotecarios, 1973, pág. 82.

ficación Definitiva puede dar base a la determinación del objeto, con lo que podría hablarse de «piso determinable», aunque en el momento del contrato no estaba completamente «determinado».

Además, lo único que se plantea en este caso es la indeterminación derivada de haberse aludido simplemente a la superficie útil y no a la construida, es decir, se prescinde del problema de la determinación a través de letras.

En ese concreto aspecto planteado, el Tribunal Supremo desestima el recurso, pero no llega a entrar en la valoración concreta que le merecen los conceptos de superficie útil y construida, si bien señala que el recurrente no intentó siquiera demostrar que debería haberse tenido en cuenta la última, con lo que, en definitiva, no ve razones para que se tenga que determinar el objeto por su superficie construida.

Nosotros aprovechamos la ocasión para decir que el concepto de «superficie construida», tal como se contempla en la legislación de Viviendas de Protección Oficial, nos parece un «monstruo jurídico», pues significa una suma de elementos heterogéneos e inconciliables: por un lado, la superficie útil del piso, y además, la parte proporcional (en metros cuadrados) en los elementos comunes. El resultado decimos que es un «monstruo», pues en los elementos comunes los pisos no tienen una participación en «metros cuadrados», sino a través de una cuota matemática, ya que no se trata de comunidad divisa o con distribución de partes materiales, sino de comunidad por cuotas. Además, puede inducir a error a los compradores respecto a la verdadera superficie del piso, pues ésta es sólo la que se mide en su interior. No obstante, tratándose de Viviendas de Protección Oficial, conviene que en la escritura e inscripción se expresen las dos superficies, por estar previsto en la legislación. Pero de ningún modo procede popularizar y fomentar ese concepto de «superficie construida» con ocasión de viviendas normales (que no sean de Protección Oficial), siendo procedente que el Registrador impida su acceso al Registro por oponerse a lo dispuesto en el artículo 54 del Reglamento Hipotecario e implicar confusión respecto a la cuota. Lo que sí sería admisible e incluso conveniente es expresar en la descripción del edificio la superficie construida por planta, aparte de la superficie de cada piso, pero no incorporar al piso unos metros cuadrados que nunca tendrá. Además, la Ley de Propiedad Horizontal se refiere únicamente a la «superficie útil», no a la «construida».

C) *Función aclaratoria de una sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto.*—En alguna ocasión, y buena muestra de ello es la presente sentencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto y, sin embargo, aclara o interpreta la sentencia recurrida en el sentido propuesto por el recurrente. El resultado es curioso: hay desestimación formal del recurso, pero estimación «de hecho» de la interpretación dada por el recurrente. Expliquemos estas ideas en relación con el problema debatido: en la sentencia de la Audiencia se decía en los «considerandos» que el garaje era «anejo inseparable» de las viviendas a entregar; sin embargo, en el «fallo» sólo se aludía a la entrega de las viviendas, sin aludir expresamente a la entrega de los garajes. El recurrente alega que en el contrato privado sólo se había previsto la entrega de viviendas, ya que de los garajes no se habló, al no estar tampoco proyectados, y cree que la sentencia de la Audiencia le condena a entregar las viviendas con sus garajes. El Tribunal Supremo desestima el recurso y dice que la cuestión de los garajes «no puede ser tratada ahora en casación, porque este recurso extraordinario, según la jurisprudencia constante, no se da contra los considerandos, sino contra la parte dispositiva de la sentencia de Instancia, y en el caso del día, no ha trascendido al fallo de la resolución impugnada ese razonamiento del juzgador de segundo grado,

pues ha quedado ceñida la condena a la entrega y formalización escrituraria de las tres viviendas objeto de la pretensión de la actora».

Pero, en nuestra opinión, esta postura del Tribunal Supremo significa, en definitiva, una interpretación del fallo de la sentencia recurrida, en el sentido de que no se refiere a la entrega del «anejo garaje», a pesar de que se aludió a él en los «considerandos». Y esto es muy importante para el recurrente, pues pesará, sin duda, en el momento de la ejecución de sentencia, si la otra parte pretendiera interpretarla en el sentido de que la entrega de las viviendas comprende la de todos los anejos, como pidió en la demanda. Por eso hemos apuntado esta función aclaratoria de la sentencia del Supremo, aunque desestime formalmente el recurso. Un supuesto idéntico se produce cuando se interpone recurso por oscuridad de sentencia, y el Tribunal Supremo entiende que no procede admitirlo por ser clara la sentencia, explicando su sentido a continuación, como prueba de tal claridad.

DIVISION DE COSA COMUN. LA INDIVISIBILIDAD QUE DA LUGAR A LA VENTA EN PUBLICA SUBASTA NO ES LA MATERIAL O FISICA, SINO LA JURIDICA. APRECIACION DEL JUZGADOR DE INSTANCIA DE DICTAMENES PERICIALES (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Tres copropietarios en régimen de comunidad ordinaria demandan a los otros cuatro, alegando que los dos inmuebles comunes son jurídicamente indivisibles, dado el número y cuotas de partícipes, por lo que suplican se dicte sentencia decretando la disolución por el procedimiento de la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

Los demandados se oponen alegando como forma de división la constitución de propiedad horizontal con adjudicación de los correspondientes pisos o locales, ya que la venta en pública subasta desmerecería el precio de los inmuebles.

El Juez de Primera Instancia número 9 de los de Valencia estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

«Considerando que contra esta sentencia alzan los recurrentes su recurso, en cuyo tercer motivo—que es el primero que hay que examinar y resolver, pues es base de los demás—, formulado por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imputan a dicha sentencia (de Instancia) error de derecho en la apreciación de la prueba, que dicen ‘se comete cuando se infringe un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede’—sentencia de 24 de junio de 1955—, en relación con el artículo 632 de la Ley Procesal, en cuanto a que la prueba pericial debe apreciarse según las reglas de sana crítica; en tesis de los recurrentes: a) ‘en estos autos y en la sentencia recurrida no se toma como fundamento del fallo otra prueba que la del dictamen pericial, por lo que se hace necesario establecer un criterio de valoración de pruebas según las reglas del criterio humano; b) el dictamen pericial emitido en la Primera Instancia es dubitativo y, en cambio, el practicado en la apelación es más concluyente, pues proclama que los dos edificios son susceptibles de división horizontal y que, en cuanto al solar o patio de manzana interior, no había ningún problema para su división material, y c) que, por tanto, con sujeción a las reglas de la

sana crítica, había que admitir que 'existe un error de derecho en la apreciación de la prueba, al no reconocerle, a la única practicada, la eficacia que la ley le concede'».

«Considerando que la desestimación de este motivo se impone por las siguientes razones: en primer lugar, porque invocándose un error de derecho en la apreciación de la prueba, no basta citar la norma legal que se cree infringida, sino que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.720 de nuestro ordenamiento procesal, hay que determinar también el 'concepto' o modo como se entiende infringida tal norma, siendo esta indeterminación, por sí sola, causa suficiente para decretar su desestimación, como lo tiene reiteradamente proclamado este Tribunal, entre otras, en las sentencias de 6 de marzo de 1935, 13 de febrero de 1950, 1.º de diciembre de 1965 y 8 de febrero de 1966, y en segundo término, porque aunque se hubiese señalado el modo o 'concepto' de la infracción del artículo 632 de la Ley Procesal, que se invoca como vulnerado, hay que tener en cuenta que este precepto no contiene una norma valorativa de prueba, sino que —como declaró la sentencia de 13 de abril de 1931— 'constituye sólo un elemento de ilustración para el juzgador, apreciable según su prudente arbitrio, y no una norma inflexible a la cual deba ajustarse su opinión', ya que, como también apostilla la sentencia de 28 de diciembre de 1961, no existe norma alguna que fije decididamente dicha apreciación.»

«Considerando que la desestimación del tercer motivo del recurso lleva consigo la de los primero y segundo, que se asientan precisamente en que el resultado del dictamen pericial, según los recurrentes, proclama la divisibilidad de las fincas objeto del pleito, conclusión que rechazan los juzgadores de Instancia en uso de las facultades que sobre la apreciación de la prueba pericial le corresponden, es decir, que en ambos motivos se hace supuesto de la cuestión, estimando como probado lo contrario de lo admitido por la sentencia recurrida, y sin haber demostrado, por oportuna vía, que era errónea esta apreciación.»

«Considerando que, en último término, la indivisibilidad, a que se refieren las normas contenidas en los artículos 401 y 406 de nuestro ordenamiento civil sustantivo, no es la material o física, que siempre cabe en todas las cosas, sino la indivisibilidad jurídica, que es aquella que al realizarse físicamente hace inservibles a su uso las fracciones resultantes—artículo 401 del Código civil—o produce un desmerecimiento de la cosa—artículo 404—, y así lo viene proclamando la jurisprudencia en repetidas sentencias—28 de diciembre de 1928, 30 de mayo de 1933, 30 de marzo y 28 de noviembre de 1957—».

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL HECHO DE QUE NO SE PARTICIPE EN UN DELITO DE USURA NO QUIERE DECIR QUE SE TENGA LA BUENA FE EXIGIDA POR EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Un usurero adquirió en condiciones leoninas una finca, que posteriormente vendió. El adquirente, a su vez, la donó a su hijo. En sentencia penal, el usurero fue condenado a tres años de presidio y se declaró nula la compra que hizo de la finca en cuestión. Los herederos de la primitiva vendedora demandan a los que adquirieron del usurero, quienes se

defienden alegando que son terceros protegidos por el principio de fe pública registral. Tal defensa es rechazada por estimarse que los demandados no reúnen el requisito de buena fe.

Doctrina de la sentencia.—En el ámbito penal, el delito de usura queda agotado desde que el contrato de préstamo o el que ocupe su lugar cuando es encubierto se concierta, que es cuando el propósito de lucro ilícito se consuma, y solamente eso es lo que está llamada a sancionar la sentencia penal, sin que en las consecuencias penales o civiles inherentes pueda incluir dicha sentencia a personas distintas de las que aparezcan como participantes en el delito; en el presente caso, los causahabientes de los demandados no han sido inculcados en el delito de usura, lo cual no quiere decir que ello purifique a sus títulos de toda posible consecuencia de la sentencia penal; en el presente caso no se ventila propiamente un problema de culpabilidad, sino de simple consecuencia del conocimiento de una situación determinada en relación con unos bienes que se adquieren de quien posee un título deleznable, que terminó por ser anulado, que es en lo que consiste la mala fe, o del desconocimiento de dicha situación, que encarnaría la buena fe indispensable para que pueda acogerse un adquirente a título oneroso a la protección dispensada por la ley al tercero hipotecario. Nada obsta a la posibilidad de que quien tenga conocimiento de unos hechos, que luego dan lugar a una denuncia y a una condena, antes que sean perseguidos y sancionados se prevenga de la situación creada y adquiera los bienes en cuestión sin necesidad de incurrir en participación delictiva, pero, eso sí, afrontando el riesgo de que, por el conocimiento de la situación, pueda afectarle la anulación del título de quien le transmitió los bienes por carencia de buena fe, o sea, el conocimiento que tienen los demandados de la situación real extrarregistral, que desembocó más tarde en la condena de usura.

Se imputa a la sentencia de Instancia contener pronunciamientos contradictorios, al decir que no puede pronunciarse sobre la nulidad de la escritura de donación de 17 de agosto de 1964 «porque no ha sido pedida», y se pronuncia, en cambio, acordando la nulidad de la inscripción en el Registro de la finca en cuestión a favor del donatario, y, en efecto, sería procedente acoger el motivo porque sin acordar la nulidad de la escritura de donación de don Darío o su hijo don Javier, aunque como adquirente a título gratuito no le alcance la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no es posible acordar ni la nulidad del asiento registral que la refleja ni las consecuencias de la devolución de la finca; ahora bien, consistiendo el error de la Sala, que acarrea la contradicción denunciada, del hecho de estimar que no está pedida por la parte actora la nulidad de la escritura de 17 de agosto de 1964, cuando en realidad, tanto del contexto de la demanda como de toda la actuación de la parte actora en ambas instancias y en la impugnación del recurso, se deduce la petición expresa de que sea declarada la nulidad de todas las escrituras que reflejan transmisiones habidas entre los codemandados, y como al subsanarse el error no se ha de modificar en lo esencial el fallo de la Instancia, con arreglo a una constante jurisprudencia de esta Sala, no procede la casación cuando de estimar el motivo se llegaría a la misma consecuencia a que llegó la Instancia.

LOS CREDITOS DOCUMENTARIOS SON UNOS CONTRATOS INNOMINADOS O ATÍPICOS DISTINTOS DE LOS CONTRATOS DE VENTA EN QUE PUEDAN ESTAR BASADOS (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Un comerciante español importó de Italia quinientas toneladas de oleínas de orujo de aceituna, cuyo pago se haría a través de la

«Banca Catalana, S. A.». Entre los documentos que se debían presentar al Banco para que éste efectuase el pago figuraba un análisis del grado de impurezas, pues según el porcentaje de las mismas se produciría un descenso del precio, también en un determinado porcentaje. El Banco pagó sin cerciorarse de este extremo, y el importador español demanda a «Banca Catalana, S. A.», por la diferencia de lo pagado en más. El Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria de la Audiencia y acoge la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Los llamados créditos documentarios no están regulados en nuestro Derecho positivo, siendo, por tanto, un contrato innominado o atípico, que si bien debe juzgarse por analogía de los tipos contractuales más afines, por los principios generales de las obligaciones y contratos y, en último término, por los principios generales del Derecho, ello será así en tanto en cuanto no baste para la determinación del contenido del contrato la interpretación de la voluntad de las partes, ya que en el supuesto contrario, el contrato mismo es la primera ley para ellas, según disponen los artículos 1.091 y 1.225 del Código civil.

El crédito documentario litigioso, de cuyo contenido forman parte integrante los Usos y Costumbres Uniformes para créditos documentarios aprobados por la Cámara Internacional de Comercio, por así haberlo convenido las partes en el propio documento, en que se refleja el crédito documentario en cuestión, cuyos términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, por lo que ha de estarse al sentido literal de sus cláusulas, conforme a lo prevenido en el artículo 1.281 del Código civil, y en su virtud es obligado concluir que el citado crédito documentario, relativo a una importación de quinientas toneladas brutas de orujo de aceituna, se otorgó con carácter irrevocable, siendo pagadero a la vista contra entrega de documentos, entre los que se incluye el certificado de análisis emitido por el Laboratorio Olli Grassi de Milán, el cual debe demostrar, entre otros extremos, el porcentaje de humedad, impurezas y oxiáceos, y como el Banco emisor pagó al beneficiario del crédito sin que éste le entregase el certificado del análisis comprensivo de los tres elementos exigidos, es manifiesto que incumplió el contrato, pese a lo cual la Sala de Instancia viene a purgar o purificar tal incumplimiento, sustancialmente por entender que el Banco emisor asumió la posición de simple comisionista en la operación de pago del precio de la compraventa y por relacionar, y en cierto modo vincular, el crédito documentario al contrato de compraventa en que está basado, sin tener en cuenta, de una parte, que la voluntad de los contratantes, tan completa y claramente manifestada al respecto en el crédito documentario, hacía improcedente recurrir a los preceptos legales que regulan el mandato y la comisión mercantil, habiendo de estarse, por el contrario, a lo convenido en el propio crédito documentario, y de otra parte, que, conforme a lo dispuesto en el apartado c) de las Disposiciones Generales y Definiciones y en los artículos 7 y 8 de los indicados Usos y Costumbres Uniformes para créditos documentarios, cuyas normas forman parte integrante del crédito documentario litigioso, como se ha dejado dicho, tales créditos son por naturaleza operaciones distintas de los contratos de venta o de otra índole en que puedan estar basados, debiendo los Bancos examinar todos los documentos con cuidado razonable para cerciorarse de que aparentemente estén de acuerdo con las cláusulas y condiciones del crédito, y todas las partes interesadas deben considerar los documentos y no las mercancías.

LAS CLAUSULAS PENALES, POR SU CARACTER PUNITIVO, DEBEN SER INTERPRETADAS RESTRINGIDAMENTE (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—«Hormigones Cavia, S. A.», concertó con los propietarios de unas canteras un contrato por el cual le suministrarían en exclusiva la producción de piedra caliza de las mismas. Tras un tiempo en que el suministro se efectuó normalmente, «Hormigones Cavia» se niega a recibir las piedras por no tener la calidad pactada. Los propietarios venden esas piedras calizas a unos terceros y «Hormigones Cavia» los demanda, exigiendo el pago de la cláusula penal por romper la exclusiva. No prosperó esta petición de la Sociedad actora.

Doctrina de la sentencia.—En materia de hermenéutica contractual tiene que ser de aplicación la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, constante y reiterada, a cuyo tenor ha de prevalecer la interpretación llevada a cabo por el juzgador sobre la particular e interesada de las partes, a menos que se demuestre que aquélla es ilógica, absurda o contraviene un precepto de ley, lo que aquí no sucede; antes al contrario, su bondad intrínseca se constata con la simple lectura de la cláusula discutida, que prevé dos supuestos para la entrada en juego de la indicada pena convencional: uno, el de que por causa imputable a los recurridos el suministro no alcanzase el mínimo de seis mil toneladas mensuales o setenta y dos mil anuales, y otro, si con la misma imputabilidad no se respetase la exclusividad de dicho suministro; siendo de destacar que si, como muy bien dice el Tribunal *a quo*, no se realizaron los suministros en la cantidad pactada e incluso se hicieron algunos a personas extrañas a la relación contractual, fue debido a que la Sociedad, actora en su día y recurrente en este proceso, se negó a recibir el material que se le ofrecía, que ciertamente no tenía la calidad pactada, pero sí la misma de todos los que aceptó desde la entrada en vigor del contrato, lo que justificaba que a fin de evitar las consiguientes pérdidas que pudiesen ocasionarse en otro caso, se efectuasen las relatadas transferencias a extraños que contravenían la exclusividad pactada, siendo ambas cosas ajenas a la imputabilidad exigida por el contrato; todo ello partiendo de la premisa fundamental a estos efectos de que la indicada calidad en que apoyó su actitud la recurrente en este recurso no fue tomada en consideración para el funcionamiento de la cláusula penal de que ahora se trata, y teniendo en cuenta la doctrina legal a cuyo tenor este tipo de cláusulas, dado su carácter punitivo, deben ser interpretadas restrictivamente.

No es de aplicar el artículo 1.282 del Código civil, que se dice interpretado con error, el cual sólo podrá ser tomado en consideración, según proclama la constante y uniforme doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, cuando la intención de los contratantes no aparezca clara e indubitada, a lo que no puede equipararse la anuencia tácita e incluso consentir en la recepción de una mercancía no coincidente con la convenida, no mediando, como no consta que mediase, la expresa voluntad de modificar las cláusulas contractuales, por lo que quedó intacto el derecho de la Sociedad compradora de reclamar el exacto cumplimiento cuando lo estimase conveniente.

EL PAGO DE UNA PRIMA PARA OPTAR A UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NO ES ILEGAL CUANDO SE TRATA DE LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—En unas galerías comerciales de su propiedad, el demandado «traspasó» al actor un local de negocio, que aún no estaba en funciona-

miento, por trescientas mil pesetas, y luego le otorgó contrato de arrendamiento. El arrendatario demanda la nulidad del contrato de traspaso por inexistencia del mismo y por ilicitud de la causa, pero el Supremo desestima la demanda por considerar que se trata, más que de un traspaso, del pago de una prima o «guante», que no está prohibido respecto a locales de negocio.

Doctrina de la sentencia.—Al decir la ley que para interpretar los contratos hay que atenerse al sentido literal de sus cláusulas, no quiere decir, ni mucho menos, que los Tribunales al interpretar los contratos tengan que atenerse forzosamente al nombre que les den los contratantes; en el presente caso, los términos del contrato son claros, pero lo convenido entre las partes, como razona con toda precisión la Instancia, no encaja dentro del concepto de traspaso, porque no había habido instalación anterior de industria, sino de prima o prestación previa para optar al contrato de arrendamiento, lo que no es ilegal cuando de arrendamiento de local de negocio se trata, sobre todo cuando, en efecto, cumplida aquella prestación, se otorgó como primera instalación al arrendatario el local ofrecido.

En cuanto a la ilicitud de la causa: a la obtención de lucro o imposición de una carga, según el punto de vista que se mire, para poder optar a un contrato de arrendamiento, la ley, cuando de locales de negocio se trata, no opone ningún obstáculo, a diferencia de cuando se trata de viviendas, para cuyo caso el artículo 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos lo prohíbe.

LA APRECIACION DE SIMULACION HABRA DE FUNDARSE EN PRESUNCIONES QUE LLEVEN AL JUZGADOR A LA CONVICCION DE LA INEXISTENCIA DEL CONTRATO FIGURADO (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La congruencia de la sentencia consiste en la conformidad entre ella y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y para comprobar si existe o no deben compararse los términos de la parte dispositiva con los contenidos de la súplica de los escritos de demanda y contestación, pero sin que el juzgador tenga que amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que basta que guarde acatamiento a lo sustancial de lo solicitado sin necesidad de emplear los mismos términos que usan las partes litigantes, siempre que resuelvan sus pretensiones. La congruencia de las sentencias guarda relación únicamente con las cuestiones oportunamente planteadas en los escritos de alegaciones fundamentales del litigio, y no con las modificaciones que se pretenden en los escritos de conclusiones.

La simulación rara vez da prueba directa de su existencia, dado el deseo de las partes en ocultarla y, por el contrario, habrá de fundarse en presunciones que lleven al juzgador a la convicción de la inexistencia del contrato figurado.

No cabe oponer a los hechos establecidos por el juzgador de Instancia el criterio particular del recurrente cuando es racional la admisión de aquéllos, incluso aun cuando quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud. Solamente podrán ser impugnadas con éxito en casación aquellas presunciones que resulten absurdas, ilógicas o inverosímiles.

LA PRUEBA PERICIAL QUEDA SOMETIDA A LA DISCRECIONAL APRECIACION DEL JUZGADOR DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Remitido el valor de la prueba de peritos, por el artículo 1.243 del Código civil, a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 632 dispone que los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que las reglas aludidas no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación, quedando, en definitiva, sometida la prueba pericial a la discrecional apreciación del juzgador de Instancia.

Los preceptos administrativos en que funda cuál es el sujeto pasivo de la obligación de pago de la licencia municipal de obras, no pueden servir de base a la casación por infracción de ley.

LOS ARTICULOS 17, 24 Y 25 DE LA LEY HIPOTECARIA, QUE CONSGRAN EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL, SOLO PUEDEN SER APLICADOS EN PRO DE QUIEN FUESE VERDADERO TERCERO HIPOTECARIO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—En el año 1907 se fundó una Comunidad para la explotación de unos montes. En 1959, dicha Comunidad, con ciertas irregularidades de forma, segregó unas parcelas y las vendió a una Sociedad, que las inmatriculó, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, al año siguiente, y las transmitió a otros adquirentes, que inscribieron. En 1961, los comuneros disidentes demandan la nulidad de la venta y posteriores enajenaciones, y anotan tal demanda preventivamente en el Registro. La demanda prosperó, pues se estima por el Supremo que los adquirentes no eran terceros protegidos, al no haber transcurrido los dos años que establece el artículo 207 de la ley.

Doctrina de la sentencia.—Carece de todo sentido, siendo improcedente, la pretensión de que una demanda dirigida contra una Sociedad Anónima tenga que serlo también contra todos y cada uno de los socios que la constituyen, pues demuestra un total desconocimiento de lo que legalmente significa la personalidad jurídica de las Sociedades Mercantiles, no ya las del tipo de Anónimas, de que aquí se trata, según la ley que regula su régimen jurídico, de 17 de julio de 1951, sino genéricamente para todas ellas, a tenor de lo preceptuado en el Código de Comercio e incluso en el civil, en el número segundo del artículo 35 del mismo.

Las aportaciones a una Sociedad, como muy bien dice el Tribunal *a quo*, dado su carácter traslativo y oneroso, pueden incluirse perfectamente dentro del término genérico de «enajenación».

Habida cuenta de que aquella primitiva compradora logra una primera inscripción con el procedimiento inmatriculador del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y a virtud de lo dispuesto en el artículo 207 del propio texto legal, no podrá surtir efectos respecto de terceros hasta después del transcurso de dos años, es decir, en este caso, a partir de 1962, por lo que no puede estar en condiciones de alegar los referidos beneficios de la fe pública registral; en el motivo segundo denuncia violación de los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, que consagran jurídicamente el llamado principio de prioridad registral, preceptos que, según cuanto se acaba de decir, solamente podrían ser aplicados en pro del que fuese verdadero tercero hipotecario que primero inscribiese, pero nunca en fa-

vor de quien, como el que aquí lo alega, que trae causa de la relatada inmatriculación, inscribe antes del transcurso de los dos años exigidos por la ley, dentro de los cuales se produce la anotación preventiva de la demanda, que, consiguientemente, le priva de los susodichos beneficios, que son consustanciales con la indispensable buena fe.

Se denuncia interpretación errónea de los artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria y 298 y 302 del Reglamento de la misma, por estimar que la limitación del transcurso de dos años, que establece el artículo 207 de aquélla, para que surtan efecto respecto de terceros las inmatriculaciones practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores, no es de aplicar en este caso, pues se está en presencia de la limitación contenida en el artículo 302 del segundo; motivo que ha de ser desestimado, porque a lo que se refiere este último precepto es a «las inscripciones que se practiquen en virtud de documentos públicos anteriores a primero de enero de 1909», siendo así que la inscripción practicada en el caso que se contempla lo fue en virtud de la escritura de compraventa de 5 de mayo de 1959, por la que la «Comunidad de los Montes de Irta» vendió la finca inscrita en favor de la primera compradora, es decir, la «Sociedad Comercial e Industrial del Campo, S. A.», sin que a estos efectos pueda ser tenida en consideración para nada la fecha de constitución de la mencionada Comunidad.

NO LE ES DABLE A LA JURISDICCION CIVIL SUPLIR LAS DEFICIENCIAS QUE HAYAN PODIDO COMETERSE EN LOS PROCEDIMIENTOS SOMETIDOS A LOS JUZGADORES DE OTRA JURISDICCION
(SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—El demandado había atropellado con su coche a la actora, que sufrió graves lesiones y una incapacidad parcial para su trabajo. La jurisdicción penal siguió proceso contra el automovilista, quien fue condenado, entre otros pronunciamientos, a indemnizar a la perjudicada con la cantidad de setenta mil pesetas. Entendiendo que era muy pequeña tal indemnización, demanda la atropellada al conductor y a la Compañía de Seguros. La demanda no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que según la resolución judicial de esta Sala de 19 de febrero de 1973, la eficacia de la cosa juzgada civil dimanante de una sentencia condenatoria dictada por la jurisdicción criminal puede tener un límite temporal, en cuanto a la responsabilidad civil se refiere, cuando el curso cronológico de las lesiones sobrevenidas como consecuencia de un hecho delictivo muestre la aparición de un daño nuevo o una agravación del anteriormente apreciado, no lo es menos que para que tal efecto se produzca es menester que este nuevo daño o agravación se manifieste o descubra en fecha posterior a la de la sentencia penal, puesto que de otra forma, y conforme a la doctrina sentada por esta Sala, las disposiciones contenidas en el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 1.092 y 1.093 del Código sustantivo, impiden a la jurisdicción civil entrar en conocimiento de lo ya juzgado por los Organos judiciales primitivos, y como en el presente caso se declara probado en la resolución que se impugna que la artrosis en la articulación de la cadera izquierda que padece la recurrente, como consecuencia del atropello de automóvil de que fue víctima, y que constituye la causa de la reclamación formulada en el proceso de que estas actuaciones dimanen, fue tenida en cuenta en el informe de sanidad emitido y por la sentencia penal a efectos de fijar la indemnización por daños y perjuicios

que debió satisfacer el autor del delito, y como, además, a los Tribunales de la Jurisdicción Civil no les es dable suplir las deficiencias ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en los procedimientos sometidos a los juzgadores de otra Jurisdicción y orden, con facultades que les son privativas, de ahí que en este caso concreto no existan términos hábiles para exigir, en el presente juicio, una responsabilidad que no se invocó en el momento procesal oportuno.

EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL, POR SU GRAN GENERALIDAD, NO PUEDE SERVIR DE BASE A UN RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—No puede prosperar el motivo segundo, por violación del artículo 1.214 del Código civil, porque según tiene declarado reiteradamente esta Sala—sentencias de 2 de marzo de 1956, 29 de abril de 1958 y 3 de octubre de 1959, entre otras—es un precepto de gran generalidad, y por ello inadecuado para servir de fundamento a un recurso como el presente, salvo que se invierta improcedentemente la carga de la prueba, que no se ha efectuado en el caso de autos, porque la justificación del hecho impeditivo de la no terminación de las instalaciones en la fecha de la demanda incumbía, como tal, acreditados los hechos constitutivos, a la parte recurrente, que no lo probó.

PRESUNCIONES: POR EL HECHO DE ESTAR MECANOGRAFIADO UN DOCUMENTO EN EL DOMICILIO DE UNA PARTE, NO PUEDE DEDUCIRSE LA CONFORMIDAD DE ESTA (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—En el sentir de ambas sentencias de Instancia, aunque el documento controvertido no aparece firmado por las partes que intervinieron, del hecho de haberse mecanografiado en el domicilio de los demandados ha de presumirse, dicen las sentencias, que habían éstos prestado su consentimiento. En el recurso se impugna el pago de la cifra que proclama como debida la Instancia, por aplicación indebida del artículo 1.253 del Código civil, que habla de las presunciones, y es procedente acogerlo, en cuanto alega con pleno fundamento que del hecho de estar mecanografiado en el domicilio del demandado un proyecto de arreglo, que hubiera puesto fin a la contienda entre los litigantes en lo relativo a la liquidación de cuentas, no puede deducirse la conformidad de los demandados con las cifras que en dichos documentos se consignan.

ES RESPONSABLE EL CONDUCTOR DE UN VEHICULO QUE CON SU ANTIRREGLAMENTARIO COMPORTAMIENTO PROVOQUE UNA COLISION ENTRE DOS, AUNQUE EL NO CAUSE DIRECTAMENTE EL DAÑO (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—Un coche «Simca», no identificado, verificó un adelantamiento antirreglamentario a un camión. En dirección opuesta circulaba un «Morris», que ante la inminencia del choque dio un brusco bandazo a la derecha perdiendo el control del vehículo, que finalmente invadió el lado

izquierdo de la carretera y colisionó con un «Renault». El Fondo Nacional de Garantía es condenado a indemnizar, y el recurso del Abogado del Estado es rechazado.

Doctrina de la sentencia.—Se pretende razonar que el vehículo «Simca» desconocido, que con su adelantamiento inadecuado obligó al «Morris» a efectuar la maniobra que produjo los daños, no causó directamente daño alguno y por ello está fuera del precepto contenido en el artículo primero de la ley; mas al razonar así se desconoce el aforismo jurídico de que el que es causa de la causa es causa del mal causado, y efectivamente declarado probado por la Sala de Instancia que dicho adelantamiento fue el que provocó los daños causados por el otro coche, es evidente la responsabilidad directa del conductor del «Simca», y no habiéndose hallado al mismo, la del Fondo Nacional de Garantía, por lo que el motivo debe perecer.

Tampoco puede prosperar el segundo motivo, en el que se denuncia incongruencia, puesto que aun cuando en el suplico de la demanda se insta la condena subsidiaria del Fondo de Garantía, dicha subsidiariedad se refiere al conductor del «Simca» desconocido y no al resto de los code mandados, y, por tanto, la sentencia no da más de lo pedido.

NO PUEDE EJERCITARSE LA ACCION CIVIL SINO DESDE EL MOMENTO EN QUE CESO LA ACTIVIDAD PROCESAL DE LA JURISDICCION PENAL (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Un automovilista perdió el control de su vehículo y se salió de la calzada, atropellando a un topógrafo que trabajaba al borde de la carretera. El perjudicado y la Compañía para la que aquél trabajaba demandan al conductor y a la Aseguradora. La defensa de los demandados, basada en la prescripción de la acción, no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia la violación del artículo 1.968 del Código civil, según el cual las acciones derivadas del artículo 1.902 del mismo Código prescriben por el transcurso del plazo de un año; pero establecido por la sentencia recurrida, y no combatido en el presente recurso, que las actuaciones de índole criminal o penal que procedieron sobre el hecho que motiva el presente proceso de responsabilidad civil derivaron de un juicio de faltas, no celebrado por haberse dictado en 14 de mayo de 1972 auto de sobreseimiento libre de las actuaciones, como consecuencia de la aplicación del Decreto de Indulto de 23 de septiembre de 1971, es evidente, cual sostiene la sentencia recurrida, que la demanda planteada en el presente juicio, presentada con fecha 8 de enero de 1973, lo fue cuando aún no había transcurrido el plazo de un año que determina el artículo 1.968 del Código civil para la prescripción de las acciones ejercitadas al presente, pues con independencia de la fecha a partir de la cual pudiera ser aplicado el indulto, no puede considerarse expedito el cauce para el ejercicio de la acción civil sino desde el momento en que cesó la actividad procesal de la jurisdicción penal.

EXCEPCION «NON ADIMPLETI CONTRACTUS» (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Deben desestimarse los motivos en que se alega interpretación errónea del último párrafo del artículo 1.100 y viola-

ción del 1.101, los dos del Código civil, porque para justificar tanto el posible ejercicio de la excepción *non adimpleti contractus* contenida en aquél, como la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el segundo, hubiera sido absolutamente preciso demostrar el incumplimiento de las obligaciones que incumbían a la entidad vendedora, lo que no se ha hecho en el presente caso.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: NO ES APLICABLE A ESTE EL PRINCIPIO GENERAL DE LA MANCOMUNIDAD SIMPLE DE LAS OBLIGACIONES (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—En cuanto a la obligación originada por el enriquecimiento sin causa, los fundamentos tenidos en cuenta para el caso particular del cobro de lo indebido, en las sentencias de esta Sala de 23 de diciembre de 1903 y 20 de mayo de 1959, se pueden generalizar al enriquecimiento injusto y entender, con arreglo a ellos, que no es aplicable a éste el principio general de la mancomunidad simple de las obligaciones, ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del enriquecimiento sin causa impone la necesidad del total reintegro al empobrecido, en cuanto sea dable, sustrayéndole de las contingencias que de la mancomunidad puedan derivarse, contingencias que deben recaer, en todo caso, sobre los que se enriquecieron torticeramente a costa ajena.

COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO: NO ES POSIBLE APRIORISTICAMENTE ADOPTAR UNA ACTITUD NEGATIVA FRENTE A ESTE CONTRATO. HECHOS QUE SE REPUTAN COMO PREMISAS DE UNA POSIBLE PRESUNCION DE EXISTENCIA DE UNA ESTRUCTURA FIDUCIARIA (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La figura contractual de la compraventa con pacto de retro, que ha ocasionado entre los tratadistas discusiones y polémicas apasionadas por estimar que se presta fácilmente a encubrir negocios usurarios y resultar normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado, habiéndose llegado a propugnar la supresión de dicho pacto por ser un semillero de fraudes y pleitos, tiene, sin embargo, su justificación en la libertad de contratación proclamada por el artículo 1.255 del Código civil y puede obedecer, sin duda, a razones perfectamente respetables, compaginando, por ejemplo, la necesidad de vender, sin más complicaciones, para disponer del precio, con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio de la situación económica; de tal forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral, tipificado como tal en el artículo 1.507 del Código civil, y, por tanto, lo procedente cuando el problema se plantea, es comprobar, por el resultado de la prueba, si concurren o no las circunstancias reveladoras de la verdadera intención de las partes al suscribir aquél, valorando los hechos que demuestren ésta o la hagan presumir racionalmente, sin perder de vista que, como dijo la sentencia de 3 de mayo de 1955, es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos en relación con los que puedan encubrir, pues la fe o confianza se conjugan con mayor o menor intensidad en toda la

contratación, y en el negocio fiduciario ha de adquirir rango superlativo como clave o nota dominante en el concierto de voluntades que constituyó la base fundamental tomada en consideración por los interesados para la conclusión del contrato.

Los hechos que normalmente reputan la doctrina y la jurisprudencia como premisas de una posible presunción de existencia de una estructura fiduciaria *cum creditore* se caracterizan: a) por la existencia de un contrato complejo integrado por otros dos interdependientes, uno real, de transmisión plena del dominio, la compraventa con su correspondiente atribución patrimonial eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido entre partes, que constriñe al comprador al uso del derecho adquirido en forma que no impida el rescate y consiguiente deber, en otro caso, de indemnizar daños y perjuicios, sirviendo de causa al contrato unificado la fiducia, que presta soporte también a la compraventa en función de garantía a los contratantes; b) por una evidente desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido de mera garantía de un préstamo; c) por haber, en fin, la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario si éste procede deslealmente, bien creando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción, y d) por el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa y típica del préstamo con afianzamiento, prevista en el ordenamiento jurídico.

ERROR: REQUISITOS PARA QUE VICIE EL CONSENTIMIENTO (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el error constituye una causa invalidatoria del consentimiento, conforme se dispone en el artículo 1.266 del Código civil, no lo es menos que para que tal efecto se produzca es indispensable que el mismo sea sustancial, no imputable al que lo alega en su favor; que derive de hechos desconocidos para quien lo prestó, sin que sea suficiente con el que pudo evitarse mediante el empleo de una regular diligencia, y que se acredite suficientemente en las actuaciones. La apreciación de la existencia de estos requisitos corresponde a los Tribunales de Instancia.

LA RENUNCIA DE UN DERECHO, QUE ES UN ACTO PERSONALISIMO, NO PUEDE FUNDARSE EN EL MERO RETRASO DE SU EJERCICIO (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—En la técnica jurídica se entiende por renuncia, en su significado propio, aquella manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona; definición en la que hay que destacar el elemento subjetivo de la declaración de voluntad y el objetivo de que la renuncia es un acto de disposición que provoca la desarticulación de un derecho de la persona de su titular, razón por la cual el Tribunal Supremo ha declarado que es condición necesaria que las renunciaciones sean personalísimas y no fundadas sobre deducciones de actos indeliberados de otras personas, y en cuanto a los elementos formales, si bien es cierto que la renuncia no tiene una forma determinada para efectuarse, pudiendo ser expresa o tácita, tiene que ser siempre clara, terminante e inequívoca,

como expresión indiscutida del criterio de voluntad determinante de la misma, tal como ha reiterado este Tribunal.

Según la doctrina expuesta, no puede fundarse la renuncia de un derecho en el mero retraso en su ejercicio.

CONGRUENCIA: REQUISITOS (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—El principio jurídico-procesal de la congruencia supone una relación de conformidad y concordia entre las pretensiones deducidas en los escritos iniciales del pleito y la parte dispositiva de la resolución judicial que le ponga fin, de suerte tal que ésta habrá de ajustarse no sólo a los pedimentos relacionados con la acción ejercitada por el actor, sino también a los que atañen a las excepciones opuestas por el demandado.

Se denuncia la infracción del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no puede prosperar este motivo porque ni ese precepto, por su carácter estrictamente procesal, es susceptible de un recurso de casación en el fondo, ni las declaraciones consignadas en una sola resolución judicial constituyen jurisprudencia a los fines pretendidos por la parte recurrente.

Es el suplico y no los hechos y fundamentos de derecho, que le sirven de premisa, lo que debe tenerse en cuenta por los Tribunales a efectos de la congruencia.

ARRENDAMIENTO: LO ES DE LOCAL DE NEGOCIO Y NO DE INDUSTRIA CUANDO LOS ELEMENTOS QUE SE CEDEN ESTEN FALTOS DE UNA ORGANIZACION INDUSTRIAL CON VIDA PROPIA (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La cuestión sometida a la consideración de esta Sala consiste en distinguir el arrendamiento de industria o negocio, del arrendamiento de locales destinados por el arrendatario al establecimiento de su propio negocio o industria, cuando tales locales cuenten con instalaciones aptas para la explotación de la industria o negocio, disponiendo para resolver este problema de la definición del arrendamiento de industria contenida en el párrafo primero del artículo tercero de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, concebido por la jurisprudencia como el de un complejo o universalidad de elementos materiales conectados y adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinado a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente, y además de una singular norma hermenéutica incorporada a la propia ley en el párrafo segundo del propio artículo tercero, cuyo sentido jurídico, según la doctrina legal de esta Sala, es el de someter al régimen de la Ley Especial los supuestos en que el arrendador cede el uso o disfrute de locales de negocio, juntamente con otros elementos que, por muy importantes que sean, estén faltos de una organización industrial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, lo que sucederá cuando se trate de elementos desarticulados e inertes o inconexos, y de valor independiente o insuficientes y no debidamente coordinados, no aptos por sí solos para obtener una finalidad industrial, aunque susceptibles de ser utilizados en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza para instalar en el local arrendado un negocio o industria que él crea y que al celebrar el contrato no existía.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: LA INCLUSION DE UNA FINCA EN EL PLAN GENERAL DE ORDENACION CON LA CALIFICACION URBANISTICA DE RESERVA HACE QUE NO HAYA LUGAR A LA PRORROGA DEL ARRENDAMIENTO QUE DE LA MISMA COMO RUSTICA SE HABIA HECHO Y DA LUGAR AL DESAHUCIO (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1975).

Doña Aurelia Vila arrendó a don Narciso Ferrer una finca el 10 de abril de 1960, arrendamiento que concluiría el 24 de diciembre de 1965, a partir de cuya fecha se prorrogaba de año en año hasta que una de las partes no avisara a la otra con un año de antelación.

Hecho el requerimiento oportuno por la arrendadora—oponiéndose a la tácita reconducción—para el desalojo de la misma, se opuso a ello don Narciso, ante lo cual entabla demanda doña Aurelia, al amparo del artículo 1.569-1.º del Código civil, alegando además en la misma que dada la situación especial de la finca arrendada, incluida en una zona turística de primer orden, tiene un valor en venta que duplica, por lo menos, el precio normal que en el mercado inmobiliario corresponde a las de su misma calidad y cultivo—*artículo 2.º-2.3.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos*—, aparte de que la finca arrendada está enclavada en zona de ensanche o extensión del núcleo urbano de Montrás, afectada por el Plan de Ordenación de dicha población, calificada como de Reserva Urbana edificable—art. 2.º-2.1.º del citado Reglamento.

El Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal desestima la demanda, sin expresa condena en costas, e interpuesto recurso de apelación por la actora ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, obtiene sentencia favorable, dando lugar al desahucio del demandado.

Interpone recurso de revisión don Narciso ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, fundándose en el artículo 52-4, 3.º, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, el cual es desestimado, porque al acreditarse en autos por certificado del Ayuntamiento respectivo que la finca objeto del litigio está incluida en el Plan General de Ordenación con la calificación urbanística de reserva, concurren en ella los requisitos y condiciones determinados en el precepto que se invoca, como erróneamente interpretado, para privarla de su carácter rústico y excluirla de la aplicación de las normas contenidas en la legislación especial, al declarar fuera de su ámbito a las tierras comprendidas en las zonas y planes de ensanche de poblaciones cuando por su proximidad a éstas tengan un valor en venta que duplique, por lo menos, su precio normal, dato este último de la plusvaloración también probado.

DECLARADA LA EXISTENCIA DE PRORROGA LEGAL DE UN ARRENDAMIENTO RUSTICO, LAS CANTIDADES PAGADAS POR EL ARRENDATARIO POR CUENTA Y ENCARGO DEL ARRENDADOR DAN DERECHO A COMPENSARLAS CON EL PAGO DE LA RENTA CORRESPONDIENTE (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1975).

CON LA SOLA Y GENERICA INVOCACION DEL ARTICULO 524 DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS NO QUEDA SATISFECHA POR LA PARTE LA CARGA PROCESAL QUE A ESTA FINALIDAD LE VIENE IMPUESTA CON EL FIN DE QUE LA SALA PUEDA CONOCER, CON LA PRECISION QUE NECESITA PARA DECIDIR CON ACIERTO, EL CONTENIDO DEL RECURSO (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1975).

Doña Juliana García arrendó a don Pedro Alonso varias fincas rústicas, iniciándose la relación contractual el 1 de octubre de 1965 y estipulándose un plazo de duración de seis años. Para la resolución del mismo se pactó que cualquiera de las partes podía denunciarlo con un año de antelación y, en todo caso, antes del día 30 de marzo del quinto año, debiendo entregar el arrendatario la posesión de las fincas en el mes de septiembre del sexto año de su vigencia. La arrendadora con un año de antelación instó acto de conciliación para denunciar la vigencia del contrato, dando por rescindida la continuación del mismo. Como el arrendatario no abandonó las fincas, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Briviesca, la cual fue estimada y confirmada más tarde por la Audiencia Territorial de Burgos.

El arrendatario interpone recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al amparo del artículo 524.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, precepto que invoca en términos genéricos; recurso que es rechazado porque, como dice la sentencia en uno de sus considerandos, si bien le será suficiente a la parte recurrente con alegar, en amparo de su recurso, uno o varios de los cuatro motivos que enumera el artículo 524.º del citado Reglamento, sin necesidad de acudir supletoriamente a la extraordinaria casuística que contienen los artículos 1.692 y 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es menos cierto que con la sola y genérica invocación no queda satisfecha por la parte la carga procesal que a esta finalidad le viene impuesta con el fin de que la Sala pueda conocer, con la precisión que necesita para decidir con acierto, el contenido del recurso, extremo que logrará, si se trata de quebrantamiento de formalidades procesales, poniendo de relieve la norma conculcada, el momento en que lo ha sido y el agotamiento infructuoso de los recursos con los que ha tratado de impedir la indefensión, y si se trata de otro tipo de infracciones, ocasión y características de las mismas, elementales exigencias incumplidas en el escrito de formalización de este recurso, con lo que se hace imposible a la Sala conocer los temas válidos que se someten a su decisión.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO POR PRECARIO: LOS JUZGADOS COMARCALES Y MUNICIPALES SON LOS COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS JUICIOS DE DESAHUCIO POR PRECARIO (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1975).

D. Mehedi Mohamed adquirió en traspaso un local de negocio destinado a baño moruno en Melilla y permitió a su madre, doña Yamina Amar, habitar en el local y explotar el negocio. Como ésta se negara a abandonarlo entabla demanda contra la misma ante el Juzgado de Primera Instancia de Melilla, solicitando se condene a la demandada al abandono del local y dejarlo a disposición del actor. Se opone a ello doña Yamina alegando que está en posesión del negocio a título de dueña, que el dinero

invertido en la adquisición del mismo fue suyo y que a su cargo corre el arriendo del local y los gastos de personal y demás que se causan. El Juez de Primera Instancia de Melilla desestima la demanda, sentencia que fue revocada por la Audiencia Territorial de Granada.

Interpone recurso de casación la demandada alegando inadecuación del procedimiento de desahucio cuando existen relaciones complejas entre los litigantes, cuyo tratamiento ha de buscarse por la vía del juicio ordinario con las debidas garantías de defensa e información que exige el procedimiento declarativo. El Tribunal Supremo declara nulo lo actuado en ambas Instancias, ya que el proceso tramitado, del que deriva el recurso, ha sido el de desahucio, basado en la situación de precarista de la hoy recurrente, clase de proceso que anteriormente a la Ley de 23 de julio de 1966—por la cual fue reformada la Ley Civil Procesal en lo referente a la competencia de los Juzgados Comarcales y Municipales, entre otras materias—era de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, pero que desde la vigencia de la misma está atribuida a aquéllos, y así se expresa en la exposición de motivos de dicha ley, estableciéndose en el artículo 1.562 reformado la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer de los juicios de desahucio, en los supuestos consignados en el mismo, entre los cuales no figura el de precario.

F. Q. R.

V. SUCESIONES

TITULOS NOBILIARIOS.—Medios de prueba (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1976).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelado contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con base a las siguientes consideraciones, de las que se deducen claramente los hechos que motivan el litigio:

Considerando que el problema que a la casación plantea el presente recurso gira en torno de la obligación impuesta al actor, por los artículos quinientos tres y quinientos cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de presentar con la demanda, origen del pleito, tanto el documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante represente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habérselo otro transmitido por herencia o por cualquier otro título, hipótesis referente a la legitimación para comparecer en juicio aludida en el artículo quinientos tres, así como el documento o documentos en que la parte funde su derecho (artículo quinientos cuatro); proponiéndose dicha cuestión en el recurso porque, en contradicción con la sentencia de Primera Instancia, la sentencia de segundo grado, a través de un confuso razonamiento donde se mezclan las consecuencias de las hipótesis anteriormente aludidas, produce un fallo por el que se acuerda no entrar en el fondo de la cuestión debatida en el pleito por dar acogida a la excepción planteada como dilatoria, al amparo del artículo quinientos treinta y tres, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la parte demandada, antes de contestar a la demanda, la que, por otra parte, ya había sido resuelta por la propia

Sala en apelación del incidente, por auto de diez de abril de mil novecientos setenta y tres.

Considerando que, como dice, en relación a los artículos quinientos tres y quinientos treinta y tres, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras, la sentencia de esta Sala de veintisiete de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, la excepción dilatoria de falta de personalidad en el actor debe prosperar únicamente cuando se da la carencia de su capacidad procesal por estar incurso en las incapacidades del artículo segundo de la Ley Procesal Civil o cuando concurre la falta de justificación del carácter o de la representación con que reclama, artículo quinientos tres; pero no cuando lo que se invoca es la no justificación de la pretensión a través de los documentos que debieron presentarse y no se presentaron con la demanda (art. quinientos cuatro): problema de fondo a resolver en la sentencia con denegación, en su caso, de la pretensión; en el presente caso, en lo que al artículo quinientos tres se refiere, la actora, con capacidad civil no discutida, comparece por medio de Procurador con poder bastante, y como justificación del carácter con que comparece, alega su parentesco con el último titular de la merced que se reclama, para probar lo cual presenta su partida de nacimiento y la de matrimonio de sus padres, por certificación literal de dichos documentos que existen en el Ministerio de Justicia, precisamente en el expediente de rehabilitación a favor del padre del demandado, del título que se reivindica; documentos que revisten, sin duda, el carácter de públicos (párrafo tercero del art. quinientos noventa y seis de la Ley Adjetiva), si bien para que sean eficaces en juicio, cuando son impugnados por la contraparte, habrán de ser cotejados con los originales (art. quinientos noventa y siete), y es por ello por lo que la parte actora, al ser puesta en duda la autenticidad, no sólo los adveró, mediante diligencia de cotejo, conforme a lo prescrito en el artículo quinientos once de la Ley Procesal, lo que por sí solo sería suficiente para acreditar la personalidad del actor, a los efectos del artículo quinientos tres, sino que además aportó las partidas originales con el escrito de réplica, siendo admitidos por el Juez en su providencia de veintiocho de junio de mil novecientos setenta y tres, sin protesta de la otra parte; documentos a los que la Instancia ha negado todo valor probatorio al efecto, así como tampoco lo ha concedido a los demás documentos, alusivos a la justificación de la pretensión deducida en la demanda, los cuales han sido igualmente cotejados; pronunciamientos contra los que se alza el segundo motivo del recurso, amparado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de error de derecho por violación de los artículos mil doscientos dieciséis y mil doscientos dieciocho, alusivos al valor de los documentos públicos.

Considerando que aunque es cierto que el artículo cincuenta y tres del Código civil dice que los matrimonios contraídos después de regir el Código civil se probarán sólo por la certificación del acta del Registro Civil, y aunque el artículo ciento quince del mismo cuerpo legal diga que la filiación de los hijos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro Civil, es igualmente indudable que cuando no es que se recurra a los medios sustitutorios de prueba, a los que se refiere el artículo trescientos veintisiete del Código civil para el caso de que no existan aquéllas o hubiesen desaparecido, sino que en los documentos presentados se copien dichas partidas literalmente bajo fe pública, la copia ha de tener igual fuerza probatoria que el propio documento copiado, a los efectos de los artículos cincuenta y tres y ciento quince del Código civil, salvo sentencia de falsedad pronunciada por Tribunal competente; la parte, al presentar los documentos públicos que referidos quedan con la demanda, hizo la designación, a los efectos de cotejo, caso de ser impugnada su autenti-

ciudad, de los Archivos donde estaban depositados, y sobrevenido el evento, fueron debidamente cotejados, como consta en autos, por lo cual, practicada dicha diligencia ha de concedérsele toda la eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos públicos, y al no hacerlo así la Instancia ha incurrido en el defecto que se denuncia en el motivo segundo del recurso, que merece ser acogido.

Y en la segunda sentencia confirma íntegramente la dictada por el Juez de Primera Instancia número trece de Madrid.

LEGITIMA EN CATALUÑA: SU DETERMINACION.—COLACION.—Artículo 129 de la Compilación (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1976).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juez de Primera Instancia número 18 de dicha ciudad, por entender que ejercitada la acción de petición de legítima y partición de herencia debe demandarse a todos los legitimarios, incluso al que hubiese sido apartado de la herencia por el testador en razón a las donaciones ya recibidas del mismo y aun en el supuesto de que no haya reclamado contra tal imputación de las donaciones en su legítima, y de no hacerlo así existe falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Los fundamentos de la sentencia son los siguientes:

Considerando que las demandantes, doña M. y doña E. B. S., promotoras del litigio de que deriva el presente recurso, exponían en su demanda: a) que son legitimarias del causante, don A. B. S., que había fallecido dejando instituida heredera a su esposa, doña N. S. C.; b) que del referido matrimonio habían nacido tres hijos, actualmente vivos, que eran las dos demandantes y su hermano don J., a algunos de los cuales su padre, en vida, les había hecho diferentes donaciones, que señalaban, y las cuales tenían que ser relacionadas y sumadas al caudal relicto existente al fallecimiento de dicho causante para poder determinar el montante de la herencia partible; c) que de este montante tiene que deducirse la cuarta parte para formar la legítima y poder determinar el importe de lo que a cada una de las referidas demandantes les correspondía, por lo que terminaban solicitando se dictase sentencia que condenase a la aludida demandada, doña N. S., a que haga entrega a cada una de las demandantes de la cantidad que por legítima les corresponda, cuyo importe será determinado en período de ejecución de sentencia, con cargo a los bienes relictos por su difunto padre, don A. B. S., bien cediéndoles la parte de propiedad de los bienes inmobiliarios que correspondan, bien su valor en dinero, así como los intereses de dichas porciones legitimarias, computados a partir del momento de la muerte del causante.

Considerando que frente a dichas pretensiones, la demandada, a su vez, opuso: a) que la demanda tiene por primer objeto provocar la formación de inventario contradictorio de los bienes relictos que pretenden conocer las actoras; pero, pese a ello, no tenía inconveniente en pasar a relatar los hechos que creía de utilidad a los fines de su defensa; b) que los bienes expresados en el inventario eran los mismos por los que se había satisfecho el correspondiente impuesto sucesorio; c) que no era admisible en Derecho que la fijación contradictoria de la legítima se le pidiera, con la ausencia de otro acreedor legítimo, por legítima o por complemento de la misma, y d) que la conducta procesal de las actoras, desde el acto de

conciliación hasta la demanda, señalando como computables bienes propios y apartar al otro legitimario constándoles la necesidad de su presencia en autos, constituyen actos para los que la ley señala la sanción de las costas, por lo que terminaba solicitando se dictase sentencia que no diese lugar a las pretensiones formuladas por las actoras, en tanto que lo han sido en forma procesal nula y contraria a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, absteniéndose de fallar sobre el fondo del derecho material de aquéllas, y con reserva a las mismas de los derechos materiales que intenten hacer valer en forma procedente.

Considerando que la sentencia de primer grado estimó la excepción del litisconsorcio pasivo necesario y absolvió en la Instancia, sin entrar a conocer del fondo de la demanda interpuesta contra doña N. S., interpuesta por sus hijas, doña M. y doña E. B. S., sin expresa imposición de costas, fundándose para ello: a) en que en la demanda se señalaban determinados bienes que debían «colacionarse» en concepto de donaciones hechas por el causante a su hermano don J., a fin de poder determinar la legítima correspondiente a las citadas actoras, pero sin que, a pesar de ello, fuese demandado su indicado hermano, por lo que la demandada, al contestar, formuló la excepción de litisconsorcio pasivo necesario; b) que los Tribunales tienen que velar para que el litigio se ventile con todos los que claramente pueden resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, ya que el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados—sentencias de treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta, veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y seis, veinte de noviembre de mil novecientos setenta—, y c) que cuando no son llamados a juicio todos los que deben serlo, se tiene que «sobreser en la Instancia, de acuerdo con el número cuarto del artículo quinientos treinta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin entrar en el fondo del asunto, estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario».

Considerando que la sentencia de segundo grado, aceptando los fundamentos de la del Juzgado, la confirmó íntegramente, puntualizando: a) «que si ciertamente las actoras..., al ejercitar su acción en reclamación de la legítima en la herencia paterna contra su madre..., como heredera testamentaria, sólo postulan se condene a dicha heredera a que haga entrega a cada una de las accionantes de lo que por legítima pueda corresponderles, dejando la determinación de su importe para el período de ejecución de sentencia, no es menos cierto que tal pretensión lleva implícita, por normas que regulan el derecho material que se pretende hacer valer, declaraciones sobre un valor patrimonial que no es fijado en forma exclusiva por el *relictum*, o sea, el valor de los bienes existentes en la herencia al tiempo de fallecer el causante—deducidas las deudas...—»; b) que si ello no fuera así podría «quedar definido y delimitado con exclusiva intervención de la heredera y de algunos de los legitimarios', pero lo que ya no es factible es que la determinación del otro factor que interviene y es exigible en la fijación de la legítima—el *donatum*, que debe agregarse al *relictum*—quede relegado a la discusión entre la heredera y sólo algunos de los legitimarios, sin intervención de quien, siendo igualmente legítimo, se le deshereda o aparta de la herencia con la simple manifestación del testador de que «nada le haga porque ya le ha donado bienes más que suficientes para pagarle los derechos legitimarios»; c) «que ello requería la calificación de si hubo realmente por parte del donante, que no las especificó, atribuciones patrimoniales a dicho legitimario... que entrañan donación, y en su caso, cuál fuera su cuantía y valor determinado, conforme a lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo ciento veintinueve de la Compilación del Derecho civil vigente en Cataluña, sin olvidar el interés de este legitimario frente a la propia heredera..., en relación con la

presunción muciana, conforme al artículo veintitrés de la Compilación»; *d*) que, «por tanto, concurre en el litigio el consorcio pasivo necesario, y su falta ha de ser estimada, incluso de oficio, por el juzgador, doctrina legal que es referenciada en la sentencia de diecisiete de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho, que estimó la necesidad de traer al litigio a todos los herederos de la causante de la herencia, por instarse declaraciones sobre el valor particional que la actora pretendía», y *e*) que a ellos «no empece... la circunstancia de que se considere al legitimario de Derecho foral de Cataluña como acreedor de una *pars valorum bonorum* de la herencia determinada, en la forma que preceptúa el artículo ciento veintinueve de la Compilación, ni el hecho de que no se postule declaración alguna sobre el carácter y calidad de los bienes que deben colacionarse a efectos de su valoración, puesto que, en definitiva, se pretende obtener sobre esos bienes un valor particional o partible entre todos los que ostentan el carácter de herederos forzosos o legitimarios del causante».

Considerando que contra la referida sentencia levantan los demandantes el presente recurso de casación, integrado por seis motivos diferentes, de los cuales en realidad pueden agruparse los números primero y segundo, que verdaderamente plantean una sola cuestión, la cual es la relativa a la alegada innecesariedad de convocar al procaso originado de este recurso al otro legitimario, don J. B. S.; en tesis de las recurrentes: *a*) «la sentencia que se dicte no afecta al expresado legitimario-donatario y no le es aplicable la doctrina legal del litisconsorcio pasivo necesario, contenida en las sentencias invocadas en el presente primer motivo del recurso, que resuelve problemas distintos al aquí planteado»; *b*) el obligado al pago de la legítima o sujeto pasivo es el heredero, y el sujeto activo para reclamar la legítima son los legitimarios recurrentes, por lo que—según dicha tesis—no hay obligación de demandar más que a la heredera; *c*) que para determinar el importe de la legítima, el legislador establece unas normas claras en el artículo 129 de la Compilación; *d*) que como no se atacaran por inoficiosas las donaciones que hizo el causante al legitimario don J. B. ni se combate su validez, no hay por qué traerlo a juicio, y *e*) que el artículo ciento cuarenta de la Compilación—que prohíbe el juicio de testamentaria—, el ciento veintinueve—que señala las normas que han de regir para la determinación de la legítima—y el ciento treinta y siete—que faculta a la heredera para pagar en bienes o en dinero de la herencia—revelan el propósito del legislador de proteger el patrimonio del causante frente a las actuaciones judiciales que harían peligrar su integridad, para que el heredero no se vea obligado a concurrir en un juicio donde todos los herederos forzosos puedan discutir y valorar el caudal relicto, limitando la reclamación de la legítima a la observancia de los requisitos del artículo ciento veintinueve, que excluye toda posibilidad de intervención de los demás legitimarios no reclamantes.

Considerando que en realidad la propia argumentación de las recurrentes, lejos de desvirtuar los acertados razonamientos de la sentencia recurrida, los corrobora, porque el precepto fundamentalmente alegado—artículo 129 de la Compilación—de forma taxativa ordena que al «valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el causante», se «añadirá el de los bienes que hayan sido donados por el causante», especificando cómo se ha de hacer esta valoración, es decir, que dispone que para determinar el valor de la legítima hay que tener en cuenta dos partidas diferentes, a saber: el importe del caudal relicto y el importe del donatario, cantidades ambas que forman el haber partible y que no pueden fijarse a espaldas y con ausencia de ninguno de los legitimarios, que forzosamente habían de resultar afectados por aquella fijación de la suma total, en la cual les corresponde una parte proporcional, que ya pudieron

obtener por vía de *donatum* o que pueden completar ejercitando su acción legitimaria.

Considerando que, a mayor abundamiento, la prohibición del juicio de testamentaria no puede eliminar la intervención de los legitimarios en la formación del inventario de los valores en dinero que integran el haber partible, ya que lo contrario sería dejar al arbitrio exclusivo del heredero la determinación del *quantum* de la legítima de los que a ella tienen derecho.

Considerando que, por tanto, si realmente había necesidad de convocar al proceso al legitimario ausente, don J. B. S., resulta evidente que la sentencia, que así lo estima y, consiguientemente, declara que existe un litis-consorcio pasivo entre varias personas, de las cuales no todas están en el proceso, que impide declarar constituida regularmente la relación jurídico-procesal y obliga a abstenerse de faltar sobre el fondo del litigio, no incurre en incongruencia, pues resuelve lo único que podía resolver: que existe un óbice personal que veda conocer y decidir el fondo de aquél, y por estas mismas razones también decae el motivo cuarto del recurso, en el que se acusa otra vez la incongruencia de la sentencia, invocándose igualmente la infracción del artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento, sin designar el modo o concepto en que se supone cometida tal infracción, omisión por sí sola suficiente para hacer perecer el motivo—causa número cuarta del artículo mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia concordante.

Considerando que en el motivo tercero se alega por las recurrentes que la sentencia recurrida viola, por no aplicación, los artículos ciento veintidós—que define la legítima—, ciento veintinueve—que señala las reglas para su determinación—y ciento cuarenta, primero—que otorga al legitimario acción real para reclamar su legítima—; pero tal motivo no puede prosperar porque dicha sentencia no sólo no desconoce lo que tales preceptos estatuyen, sino que los tiene en cuenta, y precisamente para que no puedan resultar infringidos se abstiene de fallar sobre el fondo del litigio, por no estar presentes en él todos los que podrían resultar afectados por la resolución de fondo que se dictase.

Considerando que por las mismas razones tiene que perecer el motivo cuarto del recurso, en el que se invoca la violación, por no aplicación, del artículo ciento cuarenta, tercero, de la Compilación, que prohíbe al legitimario promover el juicio de testamentaria; la sentencia recurrida no autoriza a las legitimarias demandantes a promover dicho juicio sucesorio ni tampoco al legitimario ausente en el proceso, y, además, si hubiese autorizado a aquéllos la promoción de tal juicio, no les causaba agravio alguno contra el cual pudieran estar legitimados para recurrir; en tal supuesto, quien podría recurrir sería la heredera, que vería mermadas las facultades y derechos que le otorga la Compilación, aparte de que autorizar la fiscalización y comprobación por los legitimarios de los valores de las dos cantidades que forman el total partible, no es lo mismo que permitir la incoación de un juicio de testamentaria, sino sólo garantizarle la realidad de un derecho a determinada cuota en el referido haber partible.

Considerando que también tiene que perecer el motivo sexto del recurso, en el que se denuncia la violación por inaplicación del artículo ciento veintinueve, primero, de la Compilación, que señala que la legítima es la cuarta parte del valor de los bienes del causante, al que se añadirá el de los bienes por él donados a los legitimarios; el referido precepto es precisamente el que tiene en cuenta la sentencia recurrida para abstenerse de resolver sobre el fondo del litigio, por no estar en él presentes todos los legitimarios, que podrían resultar afectados por la determinación de los dos valores que suman el haber partible, en el cual corresponde la cuarta parte a los legitimarios.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA REPRESENTACION DE LAS SOCIEDADES EN LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1977).

I. ANTECEDENTES

1. Un Procurador, en representación de una Sociedad Anónima, acreditando la representación con escritura de poder general para pleitos otorgada por su Consejo de Administración, interpone recurso contencioso-administrativo.

2. El Abogado del Estado, al contestar la demanda, solicita se declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 82, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por entender que correspondiendo la representación de la Sociedad al Consejo de Administración, según el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, es necesario en todo caso acuerdo de dicho órgano de la Sociedad.

II. SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1977

En la sentencia de la Sala 3.ª de 16 de febrero de 1977, se sienta la siguiente doctrina:

«Que para la pertinente resolución del presente recurso se hace preciso atender, en primer término, a la alegación de inadmisibilidad interpuesta por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 82, b), y 33, 1, de la Ley de la Jurisdicción, referentes ambos a representación judicial debidamente acreditada de la Sociedad recurrente, a lo que cabe añadir lo dispuesto en el artículo 57, apartado d), correspondiente al capítulo I, sección 2.ª, del procedimiento contencioso-administrativo, en cuanto a los requisitos para interposición del recurso, en lo que se refiere al documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demanda exijan a las Corporaciones e Instituciones sus leyes respectivas, formalidades que ante supuestas dudas la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido a toda clase de Sociedades, incluidas las Anónimas, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 76 de la ley que las regula, y de esta forma en las sentencias, entre otras, de 8 de mayo de 1970, 20 de noviembre de 1972, 27 de diciembre de 1973 y 11 de junio y 28 de octubre de 1974, se entiende que no se encuentra debidamente representada una Sociedad de este tipo

cuando no exista constancia en autos del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la misma, que faculte al otorgante del correspondiente poder para ejercitar acciones judiciales, y de manera concreta la que en el presente recurso se promueve, pues no basta el poder por quien está facultado para ostentar la representación de un ente colectivo ante los Tribunales de Justicia, sino que siempre es necesario el previo acuerdo adoptado por el órgano correspondiente—tal, el Consejo de Administración— y, en consecuencia, no es suficiente, en el presente recurso, el poder aportado a autos de 9 de febrero de 1966, que a su vez remite a otro de 24 de agosto de 1960, simplemente genérico para interponer recursos en general, por lo que, en definitiva, no cabe sino admitir la repetida alegación de inadmisibilidad opuesta, sin que pueda ser obstáculo a ello el contenido de la sentencia citada por la parte recurrente en su escrito de conclusiones, sentencia que lleva fecha 31 de octubre de 1974, porque en el caso contemplado por la misma de lo que se trataba era de una postulación en nombre propio al esgrimir una pretensión para la que carecía de interés el recurrente, conforme al artículo 28, apartado a), de la Ley de la Jurisdicción, y otorgábase a dicho recurrente poder a Procuradores en su propia persona, en lugar de hacerlo en nombre de la Sociedad interesada.»

III. COMENTARIO

1. *Introducción*

Hace muchos años que no se había producido en nuestra Jurisdicción contencioso-administrativa una doctrina de consecuencias más graves que la que se sienta en la sentencia hoy comentada.

De prevalecer este criterio, de mantenerse y aplicarse con generalidad esta doctrina, se habrá provocado una drástica denegación de justicia en la inmensa mayoría de los recursos contencioso-administrativos que actualmente se tramitan ante las distintas Salas de la Jurisdicción interpuestos por Sociedades Anónimas. Porque, fatalmente, habrá que declararlos inadmisibles, ya que en modo alguno habrá pasado por la imaginación de los distintos Consejos de Administración que el poder general para pleitos no fuese suficiente para que el Procurador al que se confiere ostentase la representación procesal de la Sociedad y fuese imprescindible un acuerdo del Consejo decidiendo en cada caso la interposición del recurso.

Cuando durante años no sólo las Salas de lo contencioso-administrativo, sino la mucho más formalista Sala 1.ª, habían considerado suficiente el poder general para pleitos, sin que en momento alguno se plantease el menor obstáculo procesal a tal representación, esta revolucionaria doctrina jurisprudencial dará lugar a que las Sociedades que han acudido en demanda de justicia ante la Jurisdicción contencioso-administrativa se encuentren con una declaración de inadmisibilidad.

De aquí la trascendencia de verificar hasta qué punto aquella doctrina es correcta. El problema es lo suficientemente importante para que las tres Salas de lo contencioso-administrativo fijen criterio, sin olvidar en momento alguno los principios informantes de nuestro Derecho procesal administrativo.

2. *Capacidad y representación*

Toda persona jurídica, desde el momento de serlo, tiene capacidad jurídica y de obrar, capacidad para ser parte y procesal (art. 38 del Código

civil) (1). Las Sociedades Anónimas, como las demás Sociedades, deberán constituirse mediante escritura pública, que habrá de ser inscrita en el Registro Mercantil. «Desde este momento, la Sociedad tendrá personalidad jurídica.» Así lo dispone el artículo 6.º de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, que se limita a aplicar a este tipo concreto de Sociedades Mercantiles el precepto general del artículo 116 del Código de Comercio.

Una Sociedad Anónima inscrita en el Registro Mercantil tiene capacidad para ser parte en un proceso administrativo, como en cualquiera de los demás tipos de proceso.

Ahora bien, como persona jurídica que es, la Sociedad Anónima ha de actuar a través de sus órganos. Serán las personas físicas que ostenten su representación las que actuarán en nombre de la Sociedad con capacidad.

En principio, en las Sociedades Anónimas es el Consejo de Administración el órgano que ostenta la representación. «La representación de la Sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración.» Así lo dice el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas. El Consejo es el representante legal de la Sociedad.

Como señalan GARRIGUES y URÍA (2), «no se trata ciertamente de una persona que legalmente represente a la Sociedad, como dice el párrafo tercero del artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de un órgano colegiado a quien la ley confiere la representación de la Sociedad, y en tal carácter está capacitado para otorgar poder a Procuradores a los efectos de la comparecencia en juicio (art. 3.º de la ley citada)».

Si para actuar en un proceso administrativo, la parte ha de «conferir su representación a un Procurador o valerse tan sólo de Abogado con poder al efecto» (art. 33, 1, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), es evidente, pues, que el órgano de la Sociedad que tiene competencia para otorgar el poder al Procurador o, en su caso, al Abogado que va a actuar en su nombre en los distintos procesos en que sea parte la Sociedad, será el Consejo de Administración. El Procurador o Abogado actúa en nombre del órgano que ostenta la representación social. Si el poder estuviera otorgado por un órgano social distinto estaría mal otorgado.

Pues bien, el poder que otorgue el Consejo de Administración puede ser de contenido muy distinto: puede ser un poder concreto para un proceso concreto perfectamente delimitado o puede ser un poder general para pleitos. Si en el primer supuesto, el Procurador sólo tiene representación de la Sociedad para actuar en un proceso concreto, en el segundo, la ostenta para actuar en cualquier proceso en que sea parte la Sociedad.

El Consejo de Administración es muy dueño para hacer lo uno o lo otro. Como es muy dueño, por ejemplo, para otorgar un poder para comprar bienes inmuebles en general o para adquirir un bien concreto.

Otra cosa será la relación entre el poderdante y el apoderado, la necesidad de que el apoderado actúe según las indicaciones del Consejo en cuyo nombre actúe. Pero en el mundo jurídico en que se mueva el apoderado, lo único relevante serán las facultades del poder otorgado.

Por lo que aquí interesa, si el poder es general para pleitos, es suficiente para que el Procurador actúe en nombre de la Sociedad en cualquiera de los procesos—que, naturalmente, vengan indicados en los términos del poder—, sin más requisitos.

(1) Me remito a mi *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1966, II, págs. 256 y ss.

(2) *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., Madrid, 1976, II, pág. 119.

3. *El requisito del acuerdo especial en cada caso del Consejo de Administración*

La sentencia de 16 de febrero de 1977 considera que el hecho de ostentar la representación de una Sociedad, en virtud de poder general para pleitos otorgado por el Consejo de Administración de dicha Sociedad, no es suficiente para que el apoderado pueda actuar en un proceso concreto. Sino que es necesario, además, «el previo acuerdo del órgano competente».

E invoca como fundamento el artículo 57, 2, apartado d), que al enumerar los documentos que han de acompañar al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo reseña el siguiente:

«El documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones o Instituciones sus leyes respectivas.»

Frente a la doctrina de la sentencia puede oponerse:

a) Que cuando la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el precepto citado, exige la presentación del documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones e Instituciones sus leyes respectivas, se está refiriendo *única y exclusivamente* a un tipo de personas jurídicas: las «Corporaciones e Instituciones», esto es, se está refiriendo a entidades públicas, precisamente a las que contempla el artículo 1.º, apartado 2, c), de la misma ley.

Y esto lo reconoce la propia sentencia comentada cuando declara, después de referirse al precepto del artículo 57, 2, d), que «la jurisprudencia del Tribunal Supremo *ha extendido* a toda clase de Sociedades, incluidas las Anónimas». Luego si la jurisprudencia lo «ha extendido» a esas Sociedades es porque, a tenor de los términos del precepto, no estaban incluidas en él.

Estamos, pues—por reconocimiento de la propia sentencia—ante una interpretación *extensiva* de una norma.

Y esto es ya suficiente para poner en evidencia el grave error en que se incurre. Porque aplicando los más elementales principios de hermenéutica, no cabe interpretar extensivamente una norma que contraviene el principio antiformalista y de interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento judicial de los actos administrativos.

La Ley de la Jurisdicción exige aquella formalidad cuando se trate de entidades de Derecho público, como garantía de que sólo actúen en un proceso cuando cumplan las exigencias formales de las normas que rigen su actuación. Por lo que en modo alguno puede extenderse esta norma a personas distintas y, por tanto, a Sociedades Mercantiles.

La jurisprudencia invocada por el Tribunal Supremo es errónea. Podría admitirse tal doctrina quizá respecto de las Comunidades de Regantes—a que se refiere la sentencia de 27 de diciembre de 1973—, pero no respecto de Cooperativas—a que se refieren las sentencias de 20 de noviembre de 1972 y 28 de octubre de 1974—y mucho menos respecto de Sociedades Mercantiles.

El precedente directo de la sentencia ahora comentada es la sentencia de 11 de junio de 1974, que ya sentó la exigencia del acuerdo del Consejo de Administración, extendiendo el ámbito de aplicación del artículo 57, 2, d), de la Ley de la Jurisdicción, a un supuesto distinto a lo en él previsto.

b) Pero, además, es que el precepto en ningún caso sería aplicable, dados sus propios términos. Porque el artículo 57, 2, d), lo que hace es remitirse a las formalidades «que para entablar demandas exijan *sus leyes respectivas*».

Cuando se trata de Corporaciones—así las locales—, sus leyes respectivas exigen, ciertamente, unas formalidades, cuyo incumplimiento determina una «falta de personalidad». Pero esto, que así ocurre en el ámbito de las entidades públicas, no ocurre en el de las Sociedades Mercantiles ni, por tanto, en el de las Sociedades Anónimas.

Porque en la Ley de Sociedades Anónimas no existe precepto alguno—equivalente a los que regulan las entidades públicas—que exija que en cada caso el órgano que ostenta la representación de la Sociedad debe adoptar un acuerdo expreso concreto.

La sentencia de 16 de febrero de 1977 trata de justificar la interpretación extensiva que hace del artículo 57, 2, d), «habida cuenta—así lo dice—de lo dispuesto en el artículo 76 de la ley que las regula».

Y lo cierto es que este artículo 76 se limita, pura y simplemente, a decir qué órgano, dentro de la Sociedad Anónima, ostenta la representación. Pero nada más. No regula formalidad alguna que para entablar demandas se exija a estas Sociedades—que es lo que dice el artículo 52, 2, d)—. Sólo determina el órgano que tiene la representación.

Por tanto, no puede derivarse del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas la interpretación pretendida por la sentencia. Este artículo no dice en parte alguna que, en cada caso, el Consejo de Administración debe adoptar acuerdo expreso.

Por ello, no puede exigirse.

c) El artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, como se ha expuesto, no tiene otro alcance que determinar el órgano que ostenta la representación.

Por tanto, si este órgano optó por otorgar poder general para pleitos, es incuestionable que el apoderado, en tanto no sea revocado ese poder, ostenta la representación en cualquiera de los procesos señalados en el poder. Si en el poder figura el «recurso contencioso-administrativo», sin más requisitos el Procurador podrá actuar en cualquier proceso administrativo.

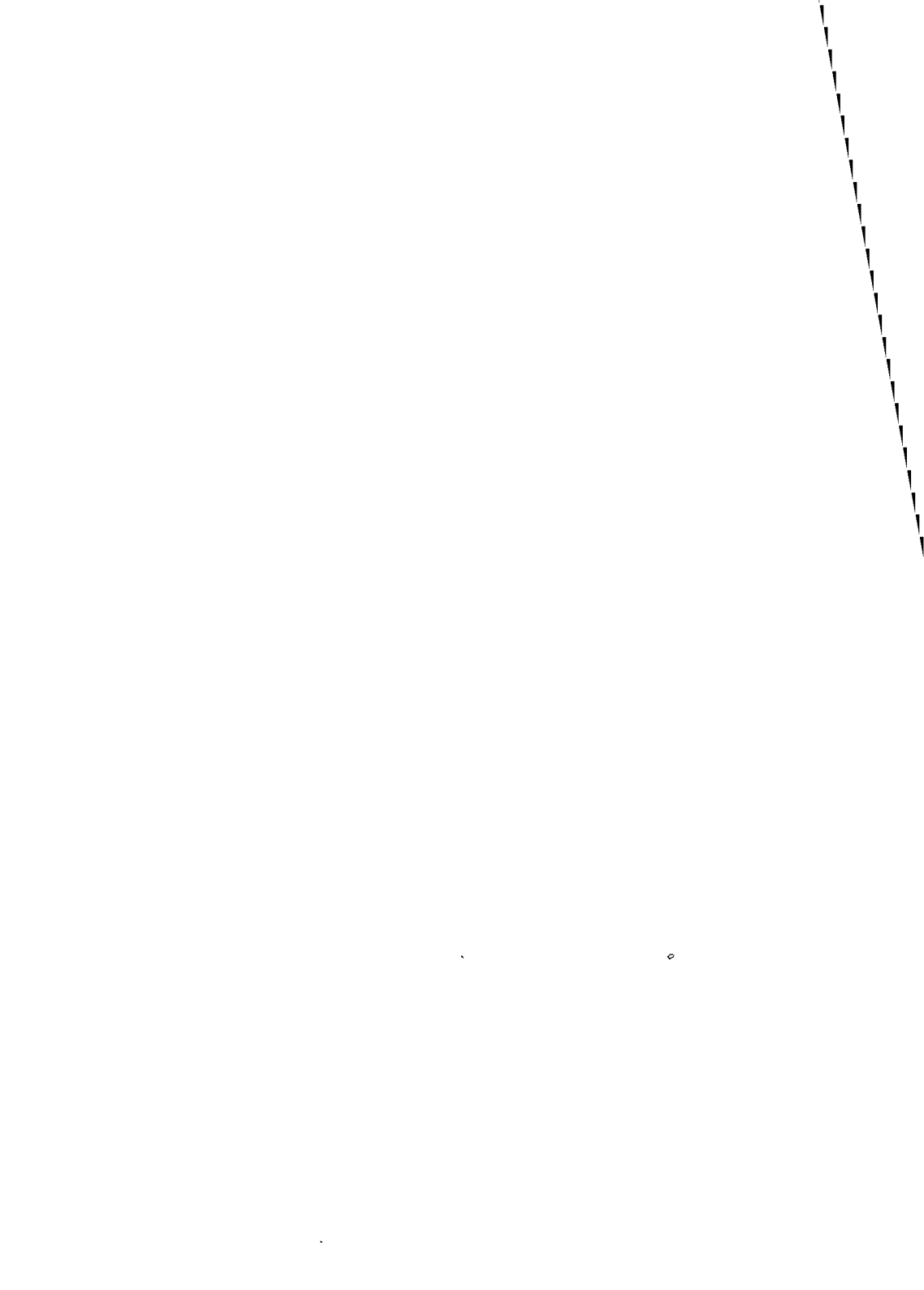
De igual manera que si el Consejo de Administración opta por otorgar un poder general para adquirir bienes inmuebles, este poder—en tanto subsista—será suficiente para adquirir cualquier bien inmueble, sin que, en cada caso, se exija un acuerdo expreso autorizando comprar el bien concreto de que se trate.

La doctrina de la sentencia en el ámbito procesal sería tan absurda como si en el ámbito registral se considerase improcedente la inscripción de la adquisición de un bien inmueble por una Sociedad Anónima por el hecho de que el Consejo de Administración no había adoptado acuerdo expreso de adquisición, pese a que había actuado en la adquisición en nombre de la Sociedad representante con poder amplio para adquirir toda clase de inmuebles.

IV. CONCLUSIÓN

Creemos que las razones expuestas son más que suficientes para poner de manifiesto que la sentencia comentada no aplica correctamente las normas que invoca. Pero lo verdaderamente grave es la tendencia a que parece responder. Pues supone una vuelta a aquellas viejas corrientes jurisprudenciales que, inspiradas en el más rígido formalismo, hacían de los requisitos procesales, más que un cauce del derecho de acceso a la justicia, obstáculos insalvables que se convertían en murallas para defender las inmunidades del Poder (3).

(3) Así, en mi trabajo *La Justicia administrativa en Costa Rica*, San José, 1974, págs. 39 y ss.



III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

VOCALIA QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES
PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

EXENCION DEL NUMERO 37 DEL ARTICULO 65 DEL TEXTO REFUNDIDO: *la expresión «primera transmisión» comprende la adjudicación de las viviendas y locales de un edificio a los copropietarios en virtud de la extinción de comunidad* (RESOLUCIÓN DE 9 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—En la Abogacía del Estado de San Sebastián se presentó primera copia de escritura comprensiva de la declaración de obra nueva, propiedad horizontal y extinción de comunidad por adjudicación de las viviendas y locales de un edificio, solicitándose la exención fiscal establecida en el número 37 del artículo 65 de la Ley del Impuesto por haberse construido el edificio en polígono de nueva urbanización y destinarse las viviendas a domicilio habitual y permanente de los adjudicatarios.

La Abogacía del Estado no aplica la exención, girando, entre otras liquidaciones, una por el concepto de disolución de sociedad al 1,70 por 100 (extinción de comunidad), que produjo una cantidad a ingresar de 928.035 pesetas.

Notificada la liquidación, se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, que acordó desestimar la reclamación, entendiendo que la división de cosa poseída proindiviso no implica «primera transmisión», pues no es negocio jurídico traslativo de dominio en el plano civil, ni tampoco es transmisión en el sentido específico que se emplea esa palabra por diversos preceptos del Texto Refundido.

Recurrido en alzada el anterior acuerdo, el Tribunal Central estima el recurso en base a la siguiente:

Doctrina.—«Considerando que el primer problema que la reclamación plantea consiste en precisar cuál sea la naturaleza jurídico-fiscal de la adjudicación específica a los diversos comuneros del pleno dominio de los pisos resultantes de la división material del inmueble y consiguiente extinción de la comunidad, cuestión que en el terreno fiscal, y por lo que al Impuesto General de Transmisiones se refiere, ha quedado resuelta con la adición al artículo 57 del Texto Refundido regulador del mismo

por la Ley de 30 de junio de 1969 de un párrafo nuevo, por el que se sujetan al pago tales adjudicaciones por el concepto de disolución de sociedad.»

«Considerando que tal conclusión primaria plantea una segunda cuestión, cual es la de determinar si tales adjudicaciones pueden ser fiscalmente equiparables a una transmisión *intervivos* de las viviendas a que afecten, y en tal sentido es de tener en cuenta que si en principio y en un concepto jurídico estricto, las mismas no implican ni llevan consigo una transmisión del dominio de los pisos a favor de los adjudicatarios de los mismos, requisito este último esencial para la exigencia del tributo por tal concepto de transmisiones, no debe, sin embargo, olvidarse que el artículo 7.º del Texto Refundido establece como principio normativo de carácter general el de que éste se exigirá, cualquiera que fuese la denominación que las partes le hubiesen dado al acto o contrato sujeto y prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que pudieran afectar a su validez y eficacia.»

«Considerando que haciendo aplicación de tal principio, la Ley de 30 de junio de 1969, al completar y aclarar la exención del Impuesto, establecida en el número 29 del artículo 65 del Texto Refundido, para la primera transmisión *intervivos* de las viviendas de protección oficial, declaró comprendida dentro del ámbito de la citada exención, como equiparable fiscalmente a una transmisión de tal clase, a la adjudicación individualizada de pisos a favor de los propietarios proindiviso del edificio del que los mismos forman parte, supuesto de hecho de transmisión de los pisos extensible por analogía, al no afectar al alcance y efectividad de la exención, al debatido en la reclamación, permitiendo sentar la conclusión de que tales adjudicaciones tienen fiscalmente la consideración de transmisiones *intervivos* de los pisos a que hacen referencia.»

Por todo ello considera aplicable la exención del número 37 del artículo 65, con la consiguiente nulidad de la liquidación reclamada.

COMENTARIO.—Siempre que aparece la palabra «transmisión» en el Texto Refundido podrá plantearse si ha de ser entendida en sentido amplio, estricto o intermedio. En el presente caso, se plantea el problema de si la expresión «primera transmisión» del número 37 del artículo 65 del Texto comprende o no la adjudicación por extinción de comunidad.

El Tribunal Central ha tenido que hacer verdaderos equilibrios en su argumentación para conceder la exención, interpretando que dentro de la expresión «primera transmisión» va comprendida la extinción de comunidad, en contra de lo que habían opinado la Abogacía del Estado y el Tribunal Provincial.

Nosotros estamos de acuerdo con la solución dada por el Tribunal Central, pero los argumentos empleados no son todo lo concluyentes que sería de desear.

El primer argumento de la resolución hay que rechazarlo categóricamente. Se refiere al artículo 7.º del Texto Refundido, que «establece como principio normativo de carácter general que éste se exigirá, cualquiera que fuese la denominación que las partes le hubiesen dado al acto o contrato sujeto y prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que pudieran afectar a su validez o eficacia». Confesamos que no vemos qué tiene que ver esta cita con el problema debatido. No estamos ante una cuestión de denominación del acto o contrato ni de si existen o no defectos en el mismo, sino simplemente de comprobar cuál es su verdadera naturaleza jurídico-fiscal, sobre lo cual el principio normativo general del artículo 7.º no nos dice nada en este caso.

El segundo argumento de la resolución es un arma de dos filos tal como está enfocado. Se trata de la aplicación analógica del supuesto de

hecho del número 29 del artículo 65, en relación con el añadido que hizo la Ley de 30 de junio de 1969, que según la presente resolución consideró como «equiparable fiscalmente a una transmisión a la adjudicación individualizada de pisos a favor de los propietarios proindiviso del edificio del que los mismos forman parte, supuesto de hecho de transmisión de los pisos extensible por analogía, al no afectar al alcance y efectividad de la exención».

La referencia a este número 29, en relación con el 37 del artículo 65, puede plantear dos obstáculos. El primero de ellos es que dentro del número 29 cabe discutir si se equiparan fiscalmente los conceptos de transmisión y extinción de comunidad, a efectos de la exención, o si se trata de una exención doble a dos conceptos distintos, a la primera transmisión y a la extinción de comunidad. Literalmente, el número 29 no dice que tienen la consideración de primera transmisión las adjudicaciones por división del edificio, sino que están asimismo exentas. No obstante, este primer problema creemos que ha de ser resuelto en el sentido de que hay equiparación de conceptos, es decir, que dentro de la expresión «primera transmisión» va comprendida la extinción de comunidad del edificio, por lo que la interpretación que recoge el Tribunal Central nos parece acertada. Y es que el número 29 dice «asimismo», y esto nos parece indiciario de que quiere significar que la división es primera transmisión, con una doble consecuencia: que si se declara exenta la división, ya no estará exenta la primera venta, pues sería segunda transmisión (la primera transmisión fue la división), y que si se declara exenta una primera venta a favor de varios copropietarios, ya no estará exenta la posterior división de los pisos (pues la división sería segunda transmisión).

Hemos salido ya del primer escollo y estamos en línea todavía con la argumentación de la resolución, en el sentido de que la Ley de 30 de junio de 1969 equiparó físicamente a la transmisión la adjudicación individualizada de pisos resultantes de división. Veamos ahora el segundo obstáculo que ofrece la referencia al número 29, que no es otro que decir que una cosa es el número 29 y otra el 37, no cabiendo extender por analogía los conceptos de uno al otro, por impedirlo el artículo 24 de la Ley General Tributaria. ¿Qué dice a este propósito la resolución? Señala que el supuesto de hecho del número 29 es extensible por analogía, añadiendo la aparentemente enigmática aclaración de que tal extensión no afecta al alcance y efectividad de la exención. Pero entonces nos preguntamos: ¿Cómo se puede aplicar la analogía y decir al mismo tiempo que no queda afectado el alcance de la exención?

Nosotros creemos que hay que partir de otro planteamiento para llegar a la misma solución. El número 37 emplea la expresión «primera transmisión», y como no sabemos, en principio, si es un concepto amplio o estricto, habrá que utilizar los criterios de interpretación; pero no la analogía, que está prohibida en materia de exenciones, sino, a lo sumo, la interpretación extensiva. Creemos que la resolución está haciendo en realidad una interpretación de este tipo y la confunde con la analogía. La interpretación amplia o extensiva de la expresión «primera transmisión» no supone analogía, pues no se trata de aplicar una idea que no esté en el número 37, sino de decir que dentro del propio precepto existe un concepto amplio de «primera transmisión», según interpretación sistemática (no propiamente analogía), en relación con otros preceptos. Pero en este punto viene el dilema: la interpretación sistemática lo mismo nos puede conducir a un concepto amplio que estricto. Si se recogen los preceptos en que se apoya el Tribunal Provincial tendremos un concepto restringido de transmisión, que no abarca la extinción de comunidad. En este sentido, merece la pena aludir a la argumentación de dicho Tribunal Provincial: de la lectura del artículo 54 «se desprende que el legislador utiliza la expresión de trans-

misión o transmisiones en los apartados 1.º (relativo a bienes y derechos), en el 2.º (derechos reales), en el 4.º (préstamos), en el 7.º (pensiones) y en el 8.º (concesiones administrativas) y, en cambio, no la utiliza al referirse al hecho imponible definido en el número 5.º ni al del número 3.º, referente a la constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, modificación, transformación y disolución de sociedades, y en lógica consecuencia con las anteriores normas puede advertirse que, en el negocio jurídico societario en todas sus facetas, no es propiamente la transmisión dominical de bienes la determinante del hecho imponible, y por ello éste surge en supuestos tan alejados a una traslación de bienes como son los de modificación o transformación de sociedad, y el tipo impositivo no se altera si las transmisiones dominicales, en la constitución o disolución de sociedad, operan sobre metálico, bienes muebles o inmuebles; precisamente en congruencia con ello, el artículo 55 del Texto conceptúa 'transmisiones onerosas' a las adjudicaciones en pago o para pago de deudas o a las adjudicaciones de inmuebles a socios distintos del apostante, que son supuestos afines, pero sustancialmente distintos, del negocio jurídico societario en sí mismo». Hasta aquí la interpretación estricta del Tribunal Provincial.

En nuestra opinión, sólo caben en el número 37 las transmisiones de propiedad, y dentro de éstas hay que considerar en sentido amplio las adjudicaciones procedentes de extinción de comunidad. Nos basamos en que en el Texto Refundido existe otro grupo de preceptos que favorecen la interpretación amplia: en primer lugar, que tanto las enajenaciones como las extinciones de comunidad son conceptos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, son *transmisiones de propiedad* en ese sentido amplio; en segundo lugar, que en el número 29, como hemos visto, dentro de la expresión primera transmisión va incluida la de extinción de comunidad, y este número es interesante a efectos de una interpretación extensiva del número 37, aunque no quepa la analogía.

Claro que en principio tan aceptable es una u otra interpretación. Nos dirá el Tribunal Provincial y la Abogacía del Estado que por qué hay que seguir los preceptos que favorecen el sentido amplio y no los que propenden a la interpretación estricta. Nosotros contestaríamos lo siguiente:

1.º Que nos parece más lógico seguir el concepto amplio que patrocina el Tribunal Central, porque es absurdo dentro de la *ratio* del número 37 hacer una discriminación entre copropietarios adquirentes y extraños. En el número 37 interesa fomentar la construcción de edificios en polígonos de reforma interior o de nueva urbanización, de acuerdo con la Ley del Suelo, y no nos parece bien defender una interpretación que está haciendo esa discriminación entre copropietarios y extraños, siendo que aquéllos fueron los que realizaron la edificación. Sobre todo, si tenemos a mano argumentos concluyentes en pro de una interpretación amplia.

2.º Que no cabe desconocer que en el fondo de la extinción de comunidad hay, en alguna medida, transmisión de los pisos a cada copropietario. Se está confundiendo el problema de si la división tiene o no naturaleza traslativa entre copropietarios, con el problema de que la división de comunidad unida a un título anterior supone adquisición derivativa, transmisión no originaria. Vamos a conceder, a efectos dialécticos, que la extinción de comunidad no es un negocio traslativo, sino declarativo o especificativo de otro anterior. Aun así, los copropietarios tienen que ostentar un título atributivo de propiedad de los pisos, aunque no sea exclusivamente el título de extinción de comunidad. Vayamos por partes: los copropietarios no realizan una adquisición originaria, sino derivativa. Todo empezó con el primer eslabón del fenómeno traslativo: la adquisición del solar en proinvidiso; no se negará que esto supuso una transmisión. Ahora bien, ésta no es para ellos la primera transmisión de los pisos, pues se

refirió únicamente al solar; por ello, tal transmisión tiene que devengar el correspondiente impuesto al 7,40 por 100, ya que no está en el número 37, que se refiere al edificio y a las viviendas, no al solar. El segundo eslabón del fenómeno transmisivo lo constituye la declaración de obra nueva, con la consiguiente formalización de la accesión; pero es evidente que con ella no se completa la primera transmisión del piso, pues sigue habiendo proindivisión, y además, la declaración de obra nueva no cabe dentro del número 37 del artículo 65 porque es un concepto de actos jurídicos documentados, no de transmisiones. Y llegamos al tercer eslabón del fenómeno transmisivo: la adjudicación de cada piso por extinción de comunidad, con la que queda completada lo que para cada copropietario supone la primera transmisión del piso en cuestión. Desde esta perspectiva, no se negará que la extinción de comunidad participa en el fenómeno transmisivo total y representa una parte de la «primera transmisión», que debe quedar incluida en el número 37, al no poder estarlo los anteriores eslabones de la transmisión del piso. Gráfica, aunque incorrectamente, podríamos decir que la extinción de comunidad supone un porcentaje en el fenómeno «primera transmisión del piso»: aunque sólo suponga un diez o un veinte por ciento, por poner unos porcentajes convencionales a título de ejemplo, participa en la primera transmisión y es lógico que quede comprendida en el repetido número 37, con independencia de si entre copropietarios supone o no traslación de derechos, pues éste es otro problema.

Frente a esta interpretación, no supone ningún obstáculo la diferencia de tipo impositivo de la transmisión (7,40 por 100) y de la extinción de comunidad (1,70 por 100), pues ello es algo meramente accidental, que no puede romper el concepto unitario a efectos de exención. Que no hay ninguna incompatibilidad en este punto lo demuestra el repetido número 29 del artículo 65 y la variada tributación de las concesiones administrativas, que no por ello dejan de pertenecer al concepto amplio de «concesión» a diferentes efectos (sujeto pasivo, competencia, exenciones, etc.).

En cuanto a la posible alegación de que si se concede exención a la adjudicación por extinción de comunidad, ya no gozará de exención la primera venta, con el consiguiente perjuicio para el contribuyente, por tener que pagar en el futuro por un tipo más alto, esto no supone ninguna argumentación en contra de la tesis mantenida, sino la consecuencia lógica y normal de haber incluido dentro del concepto de «primera transmisión» dos conceptos de tributación diferente. Además, cuando se pretende la exención de la adjudicación es que las viviendas se van a destinar a domicilio habitual y permanente, por lo que no será frecuente una venta inmediata dentro de los tres años. Y en el supuesto de que los copropietarios pretendieran vender los pisos, bastaría para gozar de exención por la primera venta, con prescindir de una adjudicación intermedia a cada copropietario, que carece de objeto si los pisos van a ser destinados a la venta por todos los constructores. Y si todo ello no es posible, ya decimos que el hecho de que esté exenta la adjudicación y no la primera venta, no supone ninguna razón o argumento para desviarse de la solución mantenida por el Tribunal Central, que hemos defendido en este comentario, aunque con distintos argumentos.

COMPROBACIÓN DE VALORES: *no puede impugnarse aportando en la reclamación económico-administrativa un dictamen emitido por un profesional particular a instancia del contribuyente sin las formalidades y garantías de la tasación pericial contradictoria (RESOLUCIÓN DE 9 DE ENERO DE 1975).*

Hechos.—En la Abogacía del Estado de Avila se presentó primera copia de escritura de compra de un trozo de terreno de 10.957 metros cuadrados

por el precio declarado de 25.000 pesetas. La Abogacía procedió a practicar la comprobación reglamentaria utilizando el medio ordinario de valoración por funcionario técnico (Arquitecto del Catastro de Urbana), que emitió el dictamen respectivo valorando el terreno en 1.095.000 pesetas, sin expresar las razones tenidas en cuenta para ello.

La interesada promueve reclamación económico-administrativa contra la liquidación practicada (se notificó conjuntamente la comprobación de valores y la liquidación), fundándose en el evidente error sufrido al practicar la comprobación, pues se estimó como finca urbana la que está conceptualizada como rústica por el propio Catastro, aportando como argumento la tasación realizada por un Arquitecto perteneciente al Colegio de Madrid, solicitando la rectificación del valor comprobado por el que resultaba de la prueba que acompañaba, aunque sin solicitar la práctica de la tasación pericial contradictoria.

Desestimada por el Tribunal Provincial la reclamación, se recurrió en alzada ante el Tribunal Central, que desestima igualmente el recurso, confirmando la liquidación ya practicada por la siguiente:

Doctrina.—«Considerando que el problema planteado en la reclamación consiste en determinar la procedencia o improcedencia de la comprobación de valores utilizada para fijar la base de la liquidación practicada por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a cargo de la hoy recurrente, siendo de señalar que la impugnación de dicho acto administrativo se funda sustancialmente en que la valoración asignada a los bienes transmitidos es, a juicio de la interesada, realmente desmesurada y carente de suficiente motivación.»

«Considerando que el vigente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales aplicable al caso, en virtud de lo prevenido en la primera de sus disposiciones transitorias, faculta a la Administración, en su artículo 117, para comprobar el valor de los bienes transmitidos y considera como uno de los medios ordinarios de comprobación 'la valoración que a requerimiento del Liquidador formule un funcionario técnico al servicio de la Administración con título adecuado a la naturaleza de los bienes (núm. 12)', y en el caso de que se trata, se ha empleado dicho medio habiendo formulado la valoración un funcionario en quien concurren las características que el texto legal señala, quien la emitió con los detalles esenciales suficientes para conocer la valoración que a los bienes asignaba.»

«Considerando que la valoración del funcionario técnico al servicio de la Administración utilizada como medio de comprobación de valores, no puede quedar enervada por la emitida por un profesional privado a requerimiento de la parte interesada y sin las formalidades y garantías procesales propias de la tasación pericial contradictoria, pues si bien es cierto que el número 12 del artículo 117 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto proclama que el dictamen del primero no prejuzga los resultados de la tasación pericial, es evidente que la norma se refiere exclusivamente a aquella tasación que el interesado puede solicitar ante el correspondiente órgano administrativo gestor o ante los Tribunales de esta Jurisdicción, y que ha de practicarse a tenor de los artículos 90 al 95 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, aplicable por mandato de la disposición transitoria 6.ª del texto primeramente citado; siendo de señalar que en el caso presente no se ha solicitado en ningún momento ni de la Oficina gestora, ni del Tribunal Provincial, ni de este Central, la práctica de dicha tasación, como pudiera haberse hecho, al amparo de los artículos 119 del Texto Refundido y 85-6 del Reglamento arriba invocados, en armonía con el de Procedimiento de estas reclamaciones.»

COMENTARIO.—Dentro de la tramitación de la reclamación económico-administrativa no parece adecuado plantear directamente un problema de

pura valoración de la finca, si no se ha solicitado tasación pericial contradictoria, pues para discutir ese aspecto el medio adecuado es la tasación de este tipo. Por esto es acertada la tesis de la presente resolución al no tener en cuenta la prueba aportada por la interesada, consistente en una tasación de un Arquitecto particular, que de ningún modo puede vincular a la Administración.

Lo que sí hubiera podido plantearse en la reclamación es que el dictamen valorativo del Arquitecto de Hacienda no era completo, por no expresar las razones y criterios de valoración, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Central. En la presente resolución, se dice de pasada que el dictamen se «emitió con los detalles esenciales suficientes para conocer la valoración que a los bienes asignaba». Esto es discutible dentro de la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal, ya que en los «resultandos» (concretamente, en el segundo) se dice que se emitió «sin expresar las razones tenidas en cuenta». Quizá es que, como se ve claramente comparando la superficie con el valor dado, el criterio fue de 100 pesetas metro cuadrado, y esto se estima suficiente. De todos modos, no hay necesidad de entrar en esta declaración del Tribunal Central, pues lo cierto es que la recurrente no impugnó el dictamen por esa razón.

Otro aspecto cuya discusión cabe dentro de la reclamación económico-administrativa es el de si el funcionario que emitió el dictamen tiene o no título adecuado a la naturaleza de los bienes, como exige el número 12 del artículo 117. En el presente caso, la interesada estima que la finca no es urbana, sino rústica, pero no alega directamente la incompetencia del Arquitecto de Hacienda, sino que aporta el dictamen de un Arquitecto particular, con lo que, en definitiva, acepta la competencia de Arquitecto en la valoración de la finca. Este problema podría plantearse en otros casos, si una finca urbana es valorada por el Ingeniero de Catastro de Rústica o una rústica por el Arquitecto de Urbana; claro es que habría que plantear al mismo tiempo el tema de la distinción entre lo rústico y lo urbano. Si la delimitación de la zona no es muy clara, creemos que tan competente es uno como otro funcionario, siendo lo importante en tales casos expresar las razones y criterios valorativos que permitan impugnar la tasación. Como acabamos de decir, en esta ocasión no se planteaba nada de esto, pero el Tribunal Central advierte que se ha formulado la valoración por «un funcionario en quien concurren las características que el texto legal señala».

En realidad, la doctrina de la resolución se refiere únicamente a que no cabe impugnar la comprobación de valores aportando simplemente un dictamen de profesional privado emitido a requerimiento de parte interesada, por no tener las formalidades y garantías procesales de la tasación pericial contradictoria, que es el procedimiento adecuado para discutir la valoración asignada.

Esta doctrina es acertada por la razón dicha al principio. Debe recordarse, a propósito del presente caso, que en la notificación de la comprobación de valores se debe expresar la posibilidad de solicitar la tasación pericial contradictoria como un recurso más del interesado, pues en otro caso podría existir indefensión para el mismo. En el fallo de esta resolución no se dice nada sobre la notificación de la tasación pericial, pero suponemos que será porque en la notificación de la valoración ya se expresó la posibilidad de acudir a la misma, pues si no fuera así, lo procedente hubiera sido dar la oportunidad de solicitar la tasación repitiendo la notificación.

COMPROBACION DE VALORES: *el dictamen valorativo del funcionario, a que se refiere el número 12 del artículo 117 del Texto Refundido, ha de ser fundado o razonado, no bastando expresar escuetamente el valor dado a la parcela transmitida* (RESOLUCIÓN DE 9 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—En la Oficina Liquidadora de San Feliú de Llobregat se presentó primera copia de una escritura de compra de una pieza de terreno arenoso de 49 áreas y 20 centiáreas, por precio de 1.277.000 pesetas. Por la Oficina Liquidadora, previa instrucción de expediente, se procedió a la práctica de la comprobación de valores, utilizando el medio ordinario establecido por el número 12 del artículo 117 del Texto Refundido, enviando al Ingeniero-Jefe del Catastro de Rústica la pertinente documentación, quien tasó la finca vendida, sin expresar en su informe las razones tenidas en cuenta para llegar a tal resultado, en la cantidad alzada de 3.000.000 de pesetas, que aceptada por la Oficina de gestión fue notificada expresamente al interesado.

Este promueve reclamación económico-administrativa, alegando en síntesis la improcedencia de dicha valoración, puesta, a su juicio, de manifiesto con una tasación particular de un Perito Agrícola, que acompañó como prueba documental.

El Tribunal Provincial de Barcelona acordó desestimar la reclamación, por lo que el interesado recurre en alzada ante el Tribunal Central, rechazando la valoración del Ingeniero-Jefe del Catastro y pidiendo su nulidad por no expresarse en la misma, según es preceptivo y el Tribunal lo tiene declarado con reiteración, las razones o fundamentos determinantes de tal valoración, por lo que, en conclusión, pide la nulidad de la comprobación efectuada.

El Tribunal Central estima el recurso por lo siguiente:

Doctrina.—«Considerando que el artículo 117 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967 enumera los distintos medios ordinarios de comprobación que la Administración fiscal está facultada para emplear, gozando el liquidador de una indiscutible discrecionalidad para aplicar en cada caso cualquiera de aquellos medios ordinarios, según ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de mayo de 1970, y figurando entre los medios consignados en el citado artículo legal, el señalado con el número 12, consistente en la valoración que, a requerimiento del liquidador, formule un funcionario al servicio de la Administración, con título adecuado a la naturaleza de los bienes transmitidos, y habiendo sido éste el medio de comprobación utilizado por la Oficina Liquidadora de San Feliú de Llobregat, resulta incuestionable la legalidad del medio utilizado, contra cuyo resultado no pueden oponerse las estimaciones personales del propio contribuyente, faltando únicamente por analizar que la valoración técnica practicada por el servicio de Catastro de Rústica reúne los requisitos que deben estimarse necesarios para producir los efectos previstos por las leyes.»

«Considerando que es doctrina reiterada de este Tribunal Central, proclamada—entre otras muchas—en sus resoluciones de 16 de diciembre de 1966, 24 de noviembre de 1967, 20 de noviembre de 1968, 19 de noviembre de 1970 y 17 de febrero y 22 de abril de 1971, que la recta inteligencia de la norma contenida hoy en el número 12 del apartado 1 del artículo 117 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones, y antes en el número 12 del apartado 2 del artículo 80 del Reglamento de Derechos Reales, lleva a la conclusión de calificar como pericial la valoración que, a requerimiento del liquidador, formula el funcionario al servicio de la Administración a que tales preceptos se refieren, y así lo demuestra la doble circunstancia de que se exija que el expresado funcionario sea ‘téc-

nico' y que tenga un título adecuado a la naturaleza de los bienes transmitidos, y de ello se deduce que el dictamen valorativo del mismo emanado no debe limitarse a consignar simple y escuetamente el valor que el repetido funcionario asigne a los bienes, sino que ha de estar suficientemente razonado o fundado, toda vez que esa motivación no sólo permitirá conocer, con la necesaria certeza y exactitud, el criterio técnico aplicado y garantizar la justa actuación de los órganos gestores llamados a tomarlo en consideración, sino que resulta absolutamente indispensable para que el evalúo pueda ser luego analizado y fiscalizado, si llegara el caso, por los órganos administrativos y jurisdiccionales encargados de la resolución de ulteriores reclamaciones o recursos, que—en otro supuesto—se verían privados de elementos de juicio para poder apreciar el valor y la fuerza de convicción del informe valorativo de referencia, a tenor de las reglas de la sana crítica, que señala el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya insistido en la trascendencia de la motivación de los actos administrativos, que es la que hace posible el control o fiscalización jurisdiccional de los mismos y evita que el interesado se vea colocado prácticamente en situaciones de indefensión (sentencias de 21 de marzo de 1968, 23 de diciembre de 1969, 7 de octubre de 1970 y 13 de marzo de 1971, entre otras).»

«Considerando que en el caso concreto que se estudia, el informe valorativo en que se apoya la comprobación de valores carece de antecedentes, datos y razonamientos suficientes para poder conocer, siquiera sea sumariamente, cuáles fueran las circunstancias de hecho y los criterios técnicos o económicos tenidos en cuenta por el Arquitecto (*) informante para establecer su valoración, faltando toda referencia a la situación y circunstancias de la parcela transmitida, al valor unitario del terreno y a cualquier otro índice o criterio estimativo, no pudiendo, en consecuencia, apreciarse la fuerza de convicción de los fundamentos de tal dictamen en relación con las alegaciones del recurrente.»

«Considerando que por las razones que anteceden, resulta imperativo decretar la anulación del acuerdo aprobatorio de la comprobación de valores y fijación de la base liquidable, debiendo reponerse las actuaciones administrativas al período de práctica de la comprobación, a fin de que por la Oficina Liquidadora de San Feliú de Llobregat se requiera al funcionario técnico actuario la correspondiente ampliación de su informe, en el que manifieste sucintamente las razones o los criterios técnicos o económicos o de cualquier otra índole tenidos en cuenta para la valoración de la parcela transmitida, en la forma y cuantía en que lo hizo, y para que, a la vista del referido informe valorativo así completado y de los medios de valoración que considere convenientes emplear, sea dictado por la Oficina Liquidadora de San Feliú de Llobregat, en el sentido que estime procedente, el acuerdo resolutorio del expediente de comprobación, según reiterado criterio de este Tribunal Central, en cuantos casos análogos al presente ha conocido, entre otras, en su resolución de 2 de marzo de 1972, en el expediente de la Sección Quinta, número 270, de 1971, cumpliéndose en lo demás el requisito de notificación de dicho resultado y de la liquidación que en su día se practique, conforme a los preceptos reglamentarios de aplicación.»

COMENTARIO.—Una vez más, con una reiteración que quizá llegue ya hasta la saciedad, el Tribunal Central estima la reclamación contra la comprobación de valores por tratarse de un dictamen del número 12 del artículo 117, que expresó escuetamente la valoración dada, sin indicar motivación alguna ni datos y razonamientos suficientes para poder cono-

(*) Pero en los Resultandos se habla del Ingeniero del Catastro, no del Arquitecto, por lo que debe de tratarse de un «lapsus»

cer, siquiera sea sumariamente, cuáles fueron las circunstancias de hecho y los criterios técnicos o económicos tenidos en cuenta por el Arquitecto informante.

Esta doctrina es acertada, pues, como dice la resolución, resulta de los propios términos del número 12 del Texto Refundido, al aludirse a un funcionario «técnico» y con «título adecuado». Y además, como también dice la resolución, confirmando muchas anteriores, un dictamen razonado (aunque sólo sea sumariamente) permite: a) la justa actuación de los órganos gestores llamados a tomarlo en consideración; a propósito de esto, creemos, efectivamente, que la Oficina Liquidadora debe analizar y fiscalizar el dictamen, por si hubiera en él algún error; no se trata de inmiscuirse en la labor del técnico, sino de valorarlo de acuerdo con la crítica racional, prescindiendo del mismo si advierte un error evidente, y con una cifra escueta es muy difícil valorar la procedencia del dictamen; en cambio, si se explica que se valora a tanto el metro cuadrado por tratarse de una zona en expansión o con construcciones importantes, etc., el liquidador tiene más base para atenerse al mismo; b) el análisis y fiscalización de los órganos de reclamación, pues si el dictamen no expresa los criterios valorativos, se verían privados de analizarlo conforme a las reglas de la sana crítica; c) que el interesado no se encuentre en situación de indefensión, por no saber a qué obedece la valoración dada; por el contrario, si el dictamen expresa los criterios tenidos en cuenta, le será más factible impugnar el dictamen razonando en contra de tales criterios o razones.

Pero lo que podría extrañar es que después de tantas reclamaciones y resoluciones del Tribunal Central sobre este asunto sigan existiendo dictámenes incompletos, que motivan nuevas resoluciones sobre lo mismo. Es más, a la vista de esta jurisprudencia, la mayor parte de los dictámenes que se emiten son incompletos, pues todavía no hemos visto ninguno en la práctica de más de ocho años que exprese las razones o criterios valorativos. A lo sumo, se expresa en letra de imprenta, encabezando el dictamen, que se ha hecho teniendo en cuenta los diferentes criterios de situación, aprovechamiento económico de las fincas, acceso a las mismas, etcétera. Pero esto tampoco vale, pues es una mera rúbrica general, que no concreta los criterios tenidos en cuenta en la valoración de cada finca.

¿A qué se debe este contrasentido? Creemos que sucede que en algunas provincias se produce una avalancha de solicitudes de valoración, conforme al número 12 del artículo 117, no ya porque lo quiera así el liquidador, sino porque se exige por los órganos superiores. Ante esta avalancha suponemos que los técnicos se ven impotentes para analizar caso por caso, expresando los criterios específicos de valoración, y se limitan a seguir unos baremos generales.

Todo esto demuestra que la práctica de muchas provincias no va de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Central. Pero al mismo tiempo, las Oficinas no pueden fomentar la paralización de las liquidaciones, con el consiguiente perjuicio para los interesados y para el Tesoro, a base de devolver todos los dictámenes que se emiten. Y tampoco pueden prescindir del medio del número 12 del artículo 117, pues se les impone desde arriba.

Creemos que lo más acertado es lo que se hace en otras provincias: solicitar el dictamen del número 12 del artículo 117 sólo en ciertos casos, en que por el gran valor o extensión de las fincas se requiere apurar la comprobación. Si ya no hay avalancha de solicitudes de valoración, será posible exigir al técnico o perito que exprese en el dictamen los criterios o razones que ha tenido en cuenta.

En fin, todo esto demuestra que se debe reformar el Índice de Precios Medios, a base de actualizarlo con un índice corrector, aumentándolo en

un porcentaje correspondiente a la diferencia de valores del año 1957 y del momento actual. En alguna provincia se está siguiendo este sistema, que tan susceptible de reclamación es como los dictámenes actuales, pero mucho más rápido y lógico, por lo que no creo que motive ninguna reclamación. No obstante, sería conveniente extender el sistema y ratificarlo mediante la correspondiente disposición administrativa, con lo que se reduciría la fórmula del número 12 y se evitaría definitivamente la disparidad de criterios entre el Tribunal Central y la práctica de las Oficinas gestoras.

J. M. G. G.



LIBROS

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO: *Derecho de la persona*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1976.

La presente obra consta de 220 páginas, con un total de doce capítulos, completados al final con un exhaustivo índice.

El primer capítulo concierne a la edad, o sea, al tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta un momento determinado de la vida de una persona. Ahora bien, la idea de que la edad de las personas comienza con su nacimiento no resuelve, sin embargo, los problemas del cómputo de la edad.

Tres son las alternativas fundamentales a la hora de fijar la edad de una persona. Se puede tener en cuenta la hora en que se produjo el nacimiento o prescindir de ella incluyendo o excluyendo por completo el día del nacimiento. Los resultados a que conducen estos sistemas difieren en muy poco tiempo (unas cuantas horas), pero en algunas ocasiones las diferencias pueden tener relevancia.

En España, concretamente, en base al artículo 321 del Código civil y de acuerdo con la Ley modificadora de 22 de julio de 1972, para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

En tanto en cuanto condicionante de las capacidades físicas, intelectuales y emocionales de las personas, la edad constituye un dato que el ordenamiento jurídico ha de tener en cuenta en diversos supuestos de hecho en los que las capacidades adquieren relevancia directa o indirecta. Por ello, BERCOVITZ estudia el significado de la edad, con especial referencia a la mayoría de edad.

Por otra parte, tras referirse a la evolución histórica, examina la mayoría y la minoría de edad en España, y posteriormente la situación jurídica del menor.

Respecto a esto último dos son las tesis doctrinales que se contraponen a la hora de configurar la situación jurídica del menor. Para unos se trata de una persona fundamentalmente incapaz, como consecuencia de su falta de conocimiento y voluntad adecuados, a la que el ordenamiento reconoce capacidad para algunos actos concretos. La incapacidad es la regla, y la capacidad, la excepción. Para otros se trata de una persona potencialmente capaz, pero a la que el ordenamiento limita la capacidad para actos en los que estima conveniente protegerle frente a su inexperiencia. Aquí, la regla será, pues, la capacidad, mientras la excepción será la incapacidad.

A juicio del autor, y desde un punto de vista exegético, nuestro Código civil proporciona argumentos para defender airoso ambas posturas, entendiendo incluso que en nuestro ordenamiento el menor de edad no sólo está excesivamente sometido a la potestad de los padres o del tutor, lo que evidentemente le perjudica, sino que además su protección, tanto personal como patrimonial, es insuficiente.

Habitualmente se considera que la capacidad del menor se encuentra restringida, sobre todo en el ámbito patrimonial. Por contraposición a éste,

y como muestra del reconocimiento del menor como persona fundamentalmente capaz, se alude al ámbito personal.

RODRIGO BERCOVITZ, tras reflejar ciertas limitaciones al ejercicio real de los márgenes de capacidad reconocidos al menor en los ámbitos personal y familiar, derivados de su situación de sumisión general económica y jurídica a sus guardadores legales, considera que las mismas son también aplicables a las demás esferas, que expone a continuación: la patrimonial, la procesal y la administrativa.

Siguiendo la lectura de la obra nos encontramos con la emancipación como un medio para anticipar la independencia del menor y el reconocimiento de una capacidad de obra similar a la de los mayores de edad.

Cinco son en la actualidad los tipos que la doctrina reconoce en materia de emancipación: *a)* por concesión del padre o de la madre; *b)* por habilitación o beneficio de la mayoría de edad aplicable al menor sometido a tutela; *c)* por concesión del Juez para el caso de que el viudo con patria potestad pase a ulteriores nupcias; *d)* emancipación por concesión de la Patria, establecida por el Decreto-ley de 7 de marzo de 1937, en plena guerra civil, y *e)* emancipación por matrimonio.

Las notas más importantes de la eficacia de la emancipación son:

1) Su carácter definitivo e irrevocable.

2) La tipificación de sus efectos, iguales para todas las clases de emancipación (aunque con especialidades propias en la emancipación por matrimonio), que quedan fuera del marco de la autonomía de los particulares.

Dentro de este mismo tema, el autor estudia también los efectos generales de la emancipación del menor de edad, regulados especialmente en el artículo 317 del Código civil, que rige igualmente por analogía para la habilitación de edad y para la emancipación por concesión del Juez o por concesión de la Patria, para tratar después de las especialidades que presenta la emancipación por matrimonio.

Finalmente, tras hacer referencia al supuesto contemplado en la segunda parte del artículo 160 del Código civil, o sea, a la vida independiente del menor no emancipado, como situación jurídica intermedia entre la emancipación y la sumisión normal a la patria potestad, recoge las especialidades que los Derechos aragones y navarro presentan frente al Código civil sobre la materia que venimos contemplando.

El segundo capítulo está dedicado al estudio del sexo como elemento que influye en la condición jurídica de las personas, lo que precisamente nos remite al problema de la discriminación de la mujer frente al hombre.

Nuestro Código civil hereda, a través del Anteproyecto de 1851 y a pesar de algunas modificaciones importantes de última hora, la concepción patriarcal del Código civil francés y correspondiente postergación de la mujer propia de la ideología pequeño-burguesa inspiradora de este último y tan teatralmente representada—dice BERCOVITZ—por el propio Napoleón durante su elaboración.

Los dirigentes políticos de nuestra Segunda República mostraron desde un principio una gran preocupación por mejorar la condición de la mujer dentro de una reforma general del Derecho de familia, propósitos que plasmaron la Constitución de 1931.

Sin embargo, toda la legislación aplicable sobre la materia fue derogada al finalizar la guerra civil, así como paralizados los trabajos legislativos ya iniciados. En este estado de cosas llegamos a la importante reforma de 24 de abril de 1958, afectante a diversas materias, entre ellas la relativa a la condición jurídica de la mujer, suprimiéndose algunas de las discriminaciones más chocantes de las que conservaba el Código civil respecto a la mujer en general, y en especial con respecto a la mujer casada.

Otros hitos importantes en este camino hacia lo que pudiésemos llamar

igualdad de sexos están representados por las Leyes de 21 de julio de 1961 y 22 de julio de 1972.

Es así como, con esta evolución legislativa, llegamos a la reforma de 2 de mayo de 1975, ley con la que el legislador ha pretendido borrar todas las desigualdades y discriminaciones de la mujer que no estuviesen estrictamente fundadas en la atribución de la jefatura familiar al marido, en principio. No se pretende, pues, establecer una igualdad absoluta entre ambos sexos, sino sólo suprimir las desigualdades que se consideraran desfasadas e innecesarias.

En el Código de Comercio, la Ley de 2 de mayo de 1975 lo reforma con el fin de igualar también en esta esfera la condición de la mujer casada a la del marido. Pero aquí, la equiparación de ambos cónyuges ha sido total, lo que, frente a las desigualdades subsistentes en el Código civil, plantea problemas de difícil solución.

Actualmente podemos llegar a la conclusión de que después de la reforma del año 1975, el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de la mujer. Sin embargo, su situación dista mucho de ser igual a la del marido, y seguirá así mientras no se elimine la idea de la jefatura familiar y se sustituya por una dirección conjunta y en términos de absoluta igualdad de ambos cónyuges.

En cuanto a la mujer soltera, ostenta, en principio, una situación de igualdad civil con el hombre, pero siempre postergada frente a éste cuando ha de concurrir al ejercicio de cualquier cargo jurídico-privado.

Sin duda—como afirma el autor—, es aún largo el camino que queda por recorrer hasta alcanzar la igualdad jurídica de ambos sexos en nuestro ordenamiento. Y, sin duda, no se podrá recorrer sin que se produzcan previos cambios en la estructura económica, social y política de nuestro país.

Finalmente, el capítulo dedicado al sexo concluye con el estudio de la condición jurídica de la mujer en los demás regímenes jurídicos civiles vigentes en España.

El tercer capítulo versa sobre la incapacitación.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código (art. 320, 2.º, del Código civil). Pues bien, dentro de esas excepciones se encuentra la posible incapacitación del mayor de edad en aquellas situaciones en que, por diversas circunstancias, necesita de una protección jurídica similar a la prevista por el ordenamiento para los menores de edad; protección que se puede extender, según los casos, y con mayor o menor intensidad, tanto a la esfera patrimonial del sujeto como a su esfera personal.

Tras unas consideraciones generales se examinan: la incapacitación por locura o demencia, la incapacitación de los sordomudos, otros tipos de incapacitación basados en dolencias personales, la incapacitación por prodigalidad y, por último, la incapacitación por interdicción.

El capítulo IV concierne al domicilio, que, como nos dice el artículo 40 del Código civil, determina el lugar de ejercicio de los derechos y de cumplimiento de las obligaciones civiles. Aparte de esta especial relevancia jurídica del domicilio como expresión del arraigo de una persona con respecto a un lugar, tiene también relevancia subsidiaria e indirecta para fijar el estatuto personal, así como para atribuir competencia a un ordenamiento jurídico para la regulación de algunas relaciones.

El domicilio de las personas naturales, según nuestro Código civil, es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 64 a 68) en relación con el tema de la competencia judicial. ¿Se trata de salvar la vigencia de dichos artículos, limitada a un ámbito procesal (competencia judicial), frente a una posible derogación tácita del Código civil? ¿Se trata, por el contrario, de aplicar dichos

domicilios especiales al ámbito propio del Código civil, llevándolos así a excepciones generales del propio artículo 40, párrafo 1.º La doctrina patria se encuentra dividida al respecto, y aunque BERCOVITZ estima que la intención de los codificadores respondía a la segunda interpretación, cree, sin embargo, que actualmente es oportuno mantener la versión opuesta, de acuerdo con la realidad social de nuestro tiempo (art. 3, 1, del Código civil).

El capítulo V trata de la ausencia, con la que se regulan las medidas a adoptar con respecto a las relaciones jurídicas, patrimoniales y familiares fundamentalmente, de una persona cuando ha desaparecido de su domicilio o de su última residencia sin que se tengan noticias de ella.

Nuestro Código civil tiene previstas tres situaciones jurídicas distintas dentro de esta institución: la defensa del desaparecido, la ausencia en sentido estricto y la declaración de fallecimiento. Situaciones éstas que tienen propia autonomía entre sí: a cada una de ellas se puede llegar sin necesidad de haber pasado previamente por las otras, siendo también distinta la ponderación de intereses en juego en cada una de estas situaciones.

Tras el estudio de estas situaciones concluye el capítulo abordando las peculiaridades del Derecho aragonés frente al Código civil.

En el capítulo VI se aborda el tema de la nacionalidad o pertenencia de una persona a una determinada comunidad estatal.

Ofrecido el concepto y significado de la nacionalidad, se estudia, en primer lugar, la adquisición originaria, para pasar después al examen de la adquisición derivativa, en sus diversas formas de: opción, por carta de naturaleza, por residencia y por dependencia familiar.

Por otro lado, en este capítulo VI, el tema de la doble nacionalidad, la recuperación y, por último, la prueba de la nacionalidad merecen la consideración del autor.

Otro tema abordado es el de la vecindad civil, toda vez que la coexistencia dentro del Estado español de una pluralidad de regímenes jurídicos civiles impone la necesidad de determinar el criterio de acuerdo con el cual los españoles quedarán sometidos a uno u otro de dichos regímenes. Este es el problema que viene a solucionar el concepto de vecindad civil, que no debe confundirse con el de vecindad administrativa.

Hecha la exposición del concepto y significado de la vecindad civil, el autor estudia el tema de la adquisición, tanto originaria como derivativa, con especial consideración de la adquisición de la vecindad civil por adquisición de la nacionalidad española.

El capítulo VII concluye con el examen de la prueba y con la regulación de la vecindad civil en la Compilación de Navarra.

Pasando a otro tema, nos encontramos con el nacimiento y muerte de la persona.

Por lo que respecta al nacimiento, como determinante de la personalidad y de su gran trascendencia jurídica, se considera esencial determinar el momento de éste, existiendo también la preocupación por cerciorarse de que, en efecto, se ha producido un nacimiento y no un aborto. Por ello es esencial también extremar los requisitos para que se pueda hablar de un nacimiento a los efectos de reconocimiento de la personalidad civil.

Ahora bien, «la personalidad civil se extingue por muerte de las personas». Se extinguen, pues, todas las relaciones personales, y las patrimoniales pasan a los sucesores en la medida que sean susceptibles de transmisión. Los requisitos y el momento de la muerte revisten, pues, tanta importancia como los del nacimiento.

Pasando al estudio del estado civil de la persona, BERCOVITZ estima que el contenido que se suele dar al estudio del derecho de la persona y al que se ha circunscrito (edad, sexo, vecindad, nacionalidad, etc.) no es sino

el que corresponde al estado civil de las personas, considerado en sus diversos aspectos principales. De ahí que, a su juicio, el estudio del estado civil y del derecho de la persona no sean, en definitiva, sino una misma cosa.

Expuestos el concepto, significado, caracteres y título de legitimación del estado civil, el autor distingue entre los estados civiles reconocidos por la doctrina y los discutidos o desconocidos por la misma, ultimando su exposición sobre esta materia con el examen de las facultades inherentes al estado civil.

Inmediatamente después nos encontramos con el Registro Civil, como instrumento concebido «para la constancia oficial de la existencia, estado civil y condición de las personas».

Los puntos concretos examinados dentro de este tema son: concepto y significado, organización, asientos del Registro y reglas que potencian el significado del Registro Civil.

Otro capítulo, concretamente el XI, trata del concepto de persona y de los bienes de la personalidad.

La idea de que el ser humano es acreedor, frente a cualquier ordenamiento, del reconocimiento de su condición de persona parece hoy en día indiscutible, así como la idea de que ello implica el reconocimiento de unos derechos fundamentales.

Efectivamente, a través del concepto de los bienes de la personalidad, se ha venido a contribuir desde el Derecho civil a la defensa de aquellos bienes tan inherentes al ser humano que se llegan a confundir con él: la vida, la libertad, el honor, la fama y la intimidad.

Tras unas consideraciones generales, BERCOVITZ llega a preguntarse sobre la causa y el sentido de la defensa tardía de los bienes de la personalidad desde el Derecho civil, y examina uno por uno los distintos bienes, tales como: la vida y la integridad corporal, la libertad, el honor, la fama, la intimidad personal y la imagen, concluyendo el capítulo abordando el tema del derecho moral de autor.

Entramos ya en el capítulo XII o último de la obra, concerniente al nombre, o sea, a la palabra o conjunto de palabras que sirven para identificar a una persona dentro de la comunidad social.

El nombre o denominación de las personas comprende, en nuestro ordenamiento, el nombre en sentido estricto y los apellidos.

Tras su estudio se aborda la exposición de aquellos cambios que, tanto respecto a los apellidos como (necesariamente) con respecto al nombre, se producen independientemente de alteraciones de la filiación del sujeto.

Finalmente, con los títulos nobiliarios o títulos honoríficos, expresamente reconocidos por nuestro ordenamiento, de no pequeña importancia social una vez restaurada la Monarquía, y a los que no cabe reconocerles la naturaleza propia de los bienes de la personalidad, BERCOVITZ da por concluida su obra, sumamente interesante, amena y digna de todo elogio.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

BORGIOI, ALESSANDRO: *I Direttori Generali di Società per Azioni*. Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Florencia. Giuffrè. Milano, 1975, 368 págs.

Más que con las gruesas gafas de profesor, que escrutan profundidades, con elegancia y arte de juglar y musculatura de atleta jurídico, BORGIOI nos descubre relieves, valles y ríos y hasta mitología en un sector aparen-

temente estepario, casi una página en blanco. La cumbre es escarpada y la ascensión difícil, arrítmica: la norma apenas ofrece asidero para la escalada y los escasos son resbaladizos y hasta constituyen un verdadero *puzzle*, pues la técnica y la doctrina son jóvenes y las leyes ya ancianas, contando algunas hasta varios decenios. Pero la brisa toscana, aromada de miel y viñedo, da enorme fecundidad al espíritu facilitándole la superación de los más intrincados laberintos, y BORGIOI, en remansos de serenidad, aún es capaz de solazarnos con exhibiciones de su vastísima cultura jurídica en temas conexos.

Al concluir sus páginas y tender la mirada por el más viejo de los mares mercantiles parece como si los titanes hubieran sembrado todavía más islas para que el navegante contemplara tierra en todo momento, y aunque no se tiene la plena convicción de haber sido alcanzada la cumbre o se duda de la solidez de alguna isla, la representación ha sido más que excelente.

El torneo va a desarrollarse en el campo de las Anónimas, pero al iniciarlo es inevitable el recuerdo a una alusión que formulábamos recientemente a las Cajas Generales de Ahorro y a la posición clave que en ellas ocupa la figura del Director General. Empresas con considerables patrimonios, regidas por Consejeros o Administradores que en ellas carecen de interés directo destacado y cuya esfera de vida se desarrolla a su margen, acostumbran estar rodeadas de un *staff* altamente profesionalizado, que, de hecho, asume el control de la gestión empresarial y es paradigma de la revolución de los técnicos o poder de los ejecutivos, objeto de tantas publicaciones en estos últimos años. Incluso, en ocasiones, sus Estatutos configuran el *menège a trois* o la administración compartida por el Consejo y uno o más Administradores singulares, que para nuestras Sociedades Anónimas prevé el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil: los administradores ven controlada su actuación por el DG, que ellos mismos han nombrado y libremente pueden separar, por lo que la fórmula es esencialmente de relativa inocuidad.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, uno de nuestros estudiosos más destacados en la rama de administración social, en el volumen III del *Homenaje a Garrigues*, ha analizado muy profundamente la figura del DG en Derecho español, señalando que la Ley de Sociedades Anónimas sólo habla de Gerentes y Directores en su artículo 59, pero al singularizar a los últimos como técnicos parece que el DG es asimilable a los primeros. Su artículo 77 distingue la delegación del apoderamiento, abarcando éste varias gamas, desde el factor hasta el simple apoderado singular, y su nombramiento corresponde al Consejo, aunque el artículo 110 del Reglamento del Registro Mercantil se refiera también «a los Apoderados generales nombrados por la Junta». Los perfiles del DG son, a su juicio, el de colaborador empresarial dotado de poder de representación, subordinado y estable, identificado o muy aproximado al factor. En nuestra vida profesional hemos visto utilizar tal denominación para el Administrador único o solidario, el factor o figuras similares, con o sin poderes notariales y, en algunos casos, simples auxiliares sectoriales.

BORGIOI parte del supuesto paralelo de que la legislación italiana, más que para diseñar características, alude al DG para atribuirle responsabilidades y muy cuantiosas, por cierto; pero ello precisamente le da mayores posibilidades para su configuración y, al efecto, procede el examen de quiénes son estos DG, cuáles son sus poderes, su relación con las SpA y disciplina aplicable. Para auxiliarse acude a una inmensa bibliografía escasamente centrada, pues, como señala, aunque en estos últimos años el tema subjetivo de los Administradores y el objetivo de la administración han sido objeto de acentuada atención, ésta apenas ha rozado otros suje-

tos que también ejercen funciones administradoras, como son los DG, los Síndicos, Liquidadores y Administradores Judiciales.

Siguiendo a CORSI, apunta que la actividad administrativa, la que se desarrolla para la consecución del objeto social, es de carácter económico y regularmente está constituida por el ejercicio de una empresa. Los *inside directors*, los *outside directors* y toda clase de colaboradores acuden al desempeño de las funciones generales o especializadas, de amplitud proporcional al volumen de la empresa, no cubiertas con la actuación constante y regular de los Administradores, y entre ellas es puntera la figura del DG, categoría que no es un simple *nomen iuris* aplicable a cualquier auxiliar, sino revestido con los atributos de la «generalidad», no incompatible, como ha indicado FRE, con una eventual limitación, en posición jerárquica elevada, como ha señalado MINERVINI, y cuyo campo de actuación se extiende a la *Oberleitung*, contrastándola con la *Geschäftsführung*, propia de los Administradores. Su origen puede ser el Consejo o la Asamblea (art. 2.396 del Código civil italiano), no exclusivamente la última, como opinaba ANTONIONI. Para BORGIOLI este especial origen sólo puede implicar un régimen de responsabilidad también singular. No es posible negar a los Administradores el nombramiento de factores y apoderados, sin perjuicio de la «culpa *in eligendo*» y, en su caso, por la actuación del mandatario. Y la jurisprudencia es favorable a ello, salvo prohibición estatutaria.

Dicho precepto legal habla de los *compiti* de los DG o misiones a ellos asignadas; no es, pues, un *nudus minister*, tiene funciones directivas con poder decisorio; pero éste no es elemento configurante, pues se encuentra en muchas escalas de una organización estructurada: las decisiones del vértice para su ejecución requieren frecuentemente decisiones complementarias inferiores. El propio Código civil italiano, al referirse a incompatibilidades, alude también a los DG; se trata de incompatibilidades para cargos directivos, estimando por ello que tiene asignada categoría de dirigente, con el consiguiente derecho-deber de «episcopar», vigilar y regular personas, haciendas o labores. MANZONI resaltó su colaboración directa con el empresario, esencialmente intelectual y fiduciaria, con poderes directivos, autonomía y autodeterminación y supremacía jerárquica, más o menos general; pero el DG destaca de otros dirigentes por su responsabilidad: no sólo responde frente al empresario, sino frente a terceros, por lo que su poder de iniciativa, de *alter ego*, debe ser importante.

No obstante, preocupa tal extensión de responsabilidad: en numerosos artículos de la normativa penal y concursal se asimilan los DG a los Administradores a estos efectos, y en muchas ocasiones, no en disposiciones comunes, sino con normas incriminatorias autónomas y delitos peculiares; pero BORGIOLI, que examina ampliamente todo ello, con detallismo de ortopédico, se abstiene de llegar a la conclusión más simple y superficial: la defectuosa correlación de la técnica jurídica legislativa con la doctrina en curso; antes bien, reputa que ambos cargos tienen esferas coincidentes en muchas ocasiones, aunque esencialmente distintas, como se ha indicado. Es su situación en el vértice de la organización lo que justifica el rigor.

Respecto a los poderes de representación sus concordancias con la tesis expuesta de R. ARTIGAS no son totales. Por una parte, cita el artículo 717 de la Ordenanza Registral de Suiza, que sólo permite el nombramiento de DG cuando los Estatutos lo autorizan expresamente, mientras que los *Prokuristen* y otros *Bevollmächtigte* pueden nombrarse a falta de prohibición concreta. Por otra, se refiere a un sector de la doctrina italiana —MARGHERI—que considera ineludibles para el DG los poderes generales, lo que reiteran los que asimilan plenamente al *istitutore* la figura del DG, como DE SEMO, FIORENTINO, FANELLI, DE MARCO, etc. Sin negar su próximo parentesco, BORGIOLI niega que, a diferencia del factor, el poder de re-

presentación deba considerarse un atributo natural del DG, aunque las funciones que le asignan algunas normas permiten llegar a la conclusión de que puede dotársele del mismo. No le parece concebible que no puedan nombrarse factores que no sean DG y que pueda haber Administradores sin poder de representación y DG a los que sea ineludible conferírsele. Y, salvo los casos expresamente señalados por la ley, dado el carácter formal de la representación de la sociedad, éste corresponde institucionalmente a los Administradores, no a otras personas sin la voluntad de éstos.

La «generalidad» es el punto relevante, típico, del DG, en su sentido de totalidad o mayor parte. Sin ella sólo existe el nombre, pero su misión queda concretada a la empresa con exclusión de la organización social. Ni la asunción de participaciones en otras empresas, ni el inicio o cese de las actividades comprendidas en el objeto social, deben considerarse como funciones propias suyas. Y si se le han conferido es dudoso que nos hallemos ante un DG.

La doctrina ha vacilado considerablemente respecto al carácter de órgano o mandatario del DG, influyendo en ello las hipótesis de su previsión o imposición de los Estatutos, la de su nombramiento en el acto constitutivo y aun el caso, de indiscutible validez, pero poco útil y casi patológico, de coexistencia y coparticipación de DG y Administración en la gestión social. Había tendencias que según el nombramiento lo consideraban órgano o mandatario, y otras que llegaban a la conclusión después de sutiles análisis de esquemas conceptuales. BORGIOI las considera lucubraciones propias de la jurisprudencia de conceptos que más responden a instancias de la lógica formal que a exigencias prácticas. Pone de manifiesto que la doctrina absolutamente dominante es la de considerarle un productor subordinado y explicar en tal clave toda la normativa pertinente al cargo; por ello es diferenciable del mandato, pues aun en casos de contenidos coincidentes, la posición del mandatario es, en principio, de independencia, y la del DG, de subordinación. Del *istitutore* difiere por el contrato laboral «gestorio», más que subordinado, y por los ineludibles poderes de representación. La independencia respecto de la Asamblea y aun de los accionistas individualmente considerados le distinguen de los Administradores. Su poder-deber implica, a juicio de SANTI ROMANO, una función, y el conjunto de éstas, un *ufficio*, en este caso de Derecho privado.

La pluralidad de DG, teóricamente posible, está prevista en la LSC francesa de 1966, que la autoriza a partir de determinada cifra de capital social. No hay inconveniente en el nombramiento de Vice-Directores suplentes, ni tampoco en permitir que los elijan los DG. Los Estatutos pueden prever su nombramiento y facultar a la Asamblea o a la Administración para que designen la persona; institucionalmente parece más correcto lo último. A diferencia de los Consejeros Delegados, su nombramiento no requiere *quorum* especial. Con la oposición de LANZA, MAZZONI sostiene que sólo una persona física puede ejercer el cargo: se trata de una relación laboral. La compatibilidad de Administrador y DG es sólo posible en la administración colegiada, pues en el caso de Administrador único no sería posible la «autosubordinación»; JANUZZI, PROFILI, MINERVINI, entre otros, han dogmatizado ampliamente sobre ello.

En relación con la publicidad del nombramiento juzgamos de interés comentar, en su vertiente española, la resolución de casación, citada por BORGIOI, de 22 de octubre de 1956, y comentada en la *Rev. Do. Fallimentare* de 1957 (núm. 3.816), según la cual cuando existe acuerdo regular de un órgano deliberante, que confía a determinada persona (un DG) el cumplimiento de uno o más negocios, no es necesario el otorgamiento de poderes—notariales—para que pueda actuar, pues cuando la publicación del

verbale contiene las facultades conferidas, ello equivale a la publicación del apoderamiento.

En España, como uso prácticamente no regulado con carácter general, viene admitiéndose la ejecución de acuerdos del Consejo confiada a uno de sus miembros y documentada con una simple certificación legitimada, pero no inscrita. La práctica se ha extendido incluso a los apoderamientos concretos a favor de personas extrañas al Consejo (Gerentes, Delegados de Sucursales, Interventores, Tesoreros, etc.) y aún no vinculadas establemente con la sociedad. Aunque no se ha comprobado que ningún Procurador de los Tribunales actuara sin los correspondientes notariales, son constatables numerosos ejemplos de lo indicado, incluso en el ámbito inmobiliario. Y fuera del mundo de las sociedades, la actuación de las Cajas de Ahorros es un ejemplo palpable en cualquier momento.

Una postura negativa parece deducirse de una reciente resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de mayo de 1975, que exige poderes a favor de personas individualizadas, excluyendo los conferidos a los que ejerzan ciertos cargos, y que debía ser complementada con la correspondiente certificación determinativa. Con ello se pone coto a una práctica que había adquirido honda raigambre: la de aprobaciones a actuaciones concretas de apoderados obrantes en documentos privados legitimados, o sea, documentación semipública con tinte notarial, o de otro funcionario, como las certificaciones de nombramientos y revocaciones del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil y las instancias de los artículos 110 y 218 del Reglamento Hipotecario. Tal criterio rigorista agudiza un problema de agilidad de nuestro Notariado clásico, al que se exigen toda clase de garantías, a diferencia de los Notarios mercantiles, que gozan de increíbles facilidades, y supone una regresión considerable en el camino que reglamentos y práctica habían trazado en orden a su solución.

Pero la indicada resolución contiene además un *obiter dictum*, desarrollado posteriormente en la de 25 de agosto de 1975, de considerable interés para nuestros Registros. Al proclamar que la inscripción de los poderes en el Registro Mercantil no tiene la significación de un requisito para la inscripción de los actos representativos que otorgue el apoderado y sí constituye una simple publicidad—un vulgar anuncio—, que supone una carga para el otorgante y una protección para el tercero; al rechazar la *ratio legis* alegada por los Registradores de la Propiedad número 5 de Madrid de control de legalidad, no sólo admite en los Registros de la Propiedad los poderes no inscritos en el Registro Mercantil de carácter concreto, sino también los generales, pues quienes no sólo conocen, sino que aportan, viva y de cuerpo entero, la copia auténtica que debió inscribirse o anunciarse para simple conocimiento de terceros y con efectos exclusivos para éstos, quedan excluidos de la aplicación, consecuencias y sanciones de la norma del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil y concordantes, las cuales sólo pueden alcanzar a los que dejaron de inscribir y a instancias de los perjudicados, sin que el Registrador de la Propiedad tenga intervención alguna en todo ello.

Pero tras breve digresión, volvamos a BORGIOI y su obra. Los derechos y deberes del DG dimanar de su contrato de trabajo, que se desarrolla en el campo de la administración de la sociedad. El concepto «administración», si primitivamente se hallaba incardinado por el eje «conservación», ha sido revisado profundamente, pasando a ser el conjunto de actos realizados en orden a determinado patrimonio y encaminados hacia un resultado común. En la esfera de las sociedades, la ley establece como fin último una actividad económica y los socios concretan el objeto social, que pasa a ser punto de constante referencia en relación con los actos de la Administración. El juicio de congruencia tiene importancia extraordi-

naria, tanto en Derecho italiano como español, y BORGIOI, después de exponer las tesis de GLIOZZI, CERAMI, VALERI, OPPO, FERRI, ASCARELLI y ZANELLI, reputa obra de orfebrería la reciente puntualización de CASELLI: La valoración de pertenencia de un acto a una actividad administrativa no puede dirigirse a concretar si el acto ha sido encaminado en forma efectiva y precisa a la actividad considerada; su valoración de pertenencia a una actividad debe hallarse dirigida a precisar solamente si el acto puede ser instrumento para el desenvolvimiento de la misma actividad, independientemente de su utilización en este sentido.

Efectúa un considerable detalle de Estatutos de sociedades italianas, publicados en el *B.U.S.A.*, en relación con el DG; penetra en el campo de los poderes de representación conferidos a éstos y, a su juicio, limitables, a diferencia de los de gestión, de carácter interno. La hipotética concurrencia del DG limitando actuaciones de la Administración, le lleva a exponer las graves estridencias dogmáticas que plantea, pues las facultades representativas de la Administración son ilimitables, y con tal motivo, y por la pretendida asimilación de DG y factor y relacionados, acude la doctrina de la *Prokura* germánica, en términos efectuados análogamente por RODRÍGUEZ ARTIGAS en su citado estudio. Los criterios de GARRIGUES, NÚÑEZ LAGOS y LANGLE, por una parte, y los de MENÉNDEZ y URÍA, por otra, siguen contrapuestos y en línea de combate.

El último capítulo de la obra está dedicado a la responsabilidad civil de los DG, de índole contractual, y que el Código civil italiano relaciona con la fórmula del buen padre de familia, mientras que la de la Ley de Sociedades Anónimas española se aproxima a la germánica exigente de *eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*.

Entre autor y lector atento en larga andadura conjunta, parece establecerse una silenciosa amistad y al término se levanta el rostro para observar el del compañero. Sólo refule el nombre, BORGIOI, nuestro BURGUETE, que evoca aquella raíz indoeuropea que es *Borg* o *bor* en nuestra zona nórdico-europea, *pyr* en Grecia, florece en la zona aria de la India con los innúmeros nombres geográficos en *-pur* para llegar a la punta de lanza de Singapur. Pero ni siquiera esta faceta queda perfilada, pues se difumina con los planteamientos multiformes de los arabistas, que aluden a los norteafricanos *bordj*, contestada a su vez por los anti-semitas, que nos hablan del sustrato beréber. En total, que copiando lo atribuido a los miembros del *mos italicum* y estimando más pacífico nuestro campo, seguiremos dedicándonos a la absenta acursiana: la maravillosa producción jurídica italiana.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*. Tomo I: «Introducción y parte general». Volumen I: «Ideas generales. Teoría de la norma jurídica». Reus, S. A. Madrid, 1975.

Quizá con la misma «quietud» en que se ha movido, en general, la doctrina española frente a la reforma del Título Preliminar del Código civil, pues hasta hace muy poco escasos eran los trabajos sobre ese punto, haya procedido yo con este primer volumen de la ya monumental obra de don JOSÉ CASTÁN. Puede ser que en el fondo la «pereza» de la lectura estuviese motivada por el «miedo» de encontrarme con un Código nuevo, en el que mi capacidad, formada por el primitivo texto, no estuviera a la

altura de las circunstancias exigidas. Puede ser que fuera eso y por ello el libro ha quedado en esa vía «de maniobra» hasta que le he podido meter en la «principal» de las recensiones. De otra parte, el respeto y el gran efecto que uno sigue sintiendo por don JOSÉ CASTÁN, le imponen el condicionamiento de «superarse», y uno no va estando ya en condiciones de ese tipo.

Alguien ha dicho que la «planta noble» del Derecho es la parte general del mismo. Sin ese conjunto de conocimientos que dimanen de las materias que en la misma son tratadas y estudiadas, se hace muy difícil pensar en que alguien pueda intentar autocalificarse de «jurista». Quizá aquí es donde resida la vieja distinción que ya formulara SCHULTZ entre «el pueblo del Derecho y el pueblo de la ley», entre el jurista y el hombre de leyes... Si al hecho de tratarse de una materia de estas características, se añade que en ella había que incluir una modificación legislativa de nuestro primer cuerpo legal, empezará a comprenderse el valor que la publicación tiene y mis naturales reservas al comenzar la recensión.

La puesta al día de este volumen quedó a cargo de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Con el natural afecto que le profeso desde hace muchos años creo que me permitirá calificarle de «rústico y de urbano». Creo que esas dos palabras, que sirvieron antaño para diferenciar las fincas, sirven también ahora para encuadrar las dos inclinaciones en las que JOSÉ LUIS se mueve en su conjunto, ya muy numeroso, de publicaciones. Avanza en el urbanismo con paso firme y de repente nos ofrece cuajados de experiencia estudios de Derecho agrario. Pero por encima de todo, y lo comprobará quien lo haya tratado o quien se haya molestado en leer el *curriculum* de su obra, destacan sus aportaciones a temas que encajan plenamente en la parte general del Derecho y que acreditan a JOSÉ LUIS como un «jurista».

El volumen sigue conservando—afortunadamente—las viejas esencias que le imprimiera CASTÁN, y aunque los tiempos en que ya no pudo traer a sus páginas los nuevos movimientos jurídicos empiezan a estar lejanos, lo cierto es que su inclusión se ha hecho con la suficiente inteligencia y cuidado para no desvirtuar lo que era el alma del primitivo texto. Confiesa el adaptador solamente una discrepancia con CASTÁN: la que se refiere a todo el planteamiento de la cuestión foral y las soluciones dadas.

Estructuralmente arranca el volumen con una guía bibliográfica de incalculable valor, en la que figuran, debidamente clasificadas, las más conocidas obras de Derecho, tanto nacional como extranjero. La exposición de las materias que comprende se ajusta a la sistemática que nos tienen acostumbrados las primitivas ediciones de la obra y concluye con una relación de trabajos de CASTÁN, otra de los del adaptador y un índice sumarial de lo tratado. Creo que para una exposición comprensiva cabría adoptar una clasificación de la que parte el autor: el Derecho en general y la teoría de la norma jurídica.

A) *Derecho en general*.—Sería difícilísimo o, por lo menos, trabajosísimo, ir descubriendo en la redacción del texto las diferencias existentes con otras ediciones. En unos casos, la diferencia se centra en un párrafo, una frase, una palabra, una cita, etc.; en otros, se actualizan disposiciones o se recogen otras nuevas. Solamente cabe señalar, a confesión de parte, los estudios especiales que el autor inserta en el texto, y que son, salvo error u omisión, los referentes a las aportaciones recientes a los estudios sobre la diferencia entre Derecho público y Derecho privado, el trabajo sobre el Derecho social y el Derecho económico, la reforma del título preliminar del Código civil y los tres puntos que dedica al Derecho foral: relaciones actuales entre el Derecho común y los Derechos forales, la actualización de las Compilaciones y la unificación legislativa del Derecho civil español.

En esta parte se estudian, con los esquemas habituales, el problema fundamental de la esencia del Derecho, con sus clasificaciones y derivaciones, para luego pasar a la naturaleza y contenido del Derecho civil español y su formación histórica, desembocando en la codificación, no sólo española, sino extranjera. El examen del Código civil español se hace bajo la perspectiva histórica de su aparición y las sucesivas reformas que ha ido sufriendo, y que culminan cuando la obra se escribe en la del Título Preliminar, aunque hay otra posterior. Al Derecho foral, como problema, le dedica el autor dos grandes capítulos, en los que se destacan las características fundamentales de dichos Derechos, la importancia de sus instituciones peculiares, su historia y los momentos señalados por el sistema de Apéndices y Compilaciones.

B) *Teoría de la norma jurídica.*—En el fondo, la idea que sirvió a CASTÁN para exponer esta materia se basaba en la distinción entre Derecho objetivo y subjetivo, centrando en la teoría general de la norma jurídica todo lo que al primero se refiere. El primer tema, por ello, es el examen de lo que es y la naturaleza que tiene la norma jurídica, sus clases y la especial figura de los privilegios. Al lado de la norma hay que estudiar la fuente que la genera en un sentido general y referido al Derecho español. La ley, la costumbre, los usos sociales y convencionales, las reglas, el Derecho natural, la jurisprudencia, la jurisprudencia hipotecaria, la doctrina científica y los tratados internacionales son los puntos claves que se estudian y exponen, apoyándose en la actualidad en la reforma sufrida por el Título Preliminar del Código civil.

En la materia de aplicación de las normas jurídicas especialmente se destacan los estudios sobre el método, la comprobación de la existencia y legitimidad de la norma jurídica, la interpretación de las normas, la investigación integradora y la participación judicial, notarial y registral en el proceso de elaboración y creación del Derecho. No basta con que la norma exista y sea legítima—según decía Kelsen—, ya que es preciso que sea eficaz. De ahí que dentro de la eficacia de las normas se estudien los aspectos personales, temporales y territoriales que pueden influir en la misma: la ignorancia, la dispensa, la renuncia, los actos en contra y fraudulentos, el derecho intertemporal y transitorio, el internacional y el interregional.

Aparte de que, como ya hemos apuntado, la labor de adaptación exigía manejar un nuevo texto del Código civil, queremos destacar cómo el adaptador ofrece una serie de capítulos o retazos íntegramente redactados por él, entre los que se destacan las tendencias novísimas en cuanto al método, las reglas de interpretación, el valor de la jurisprudencia, la analogía, la exclusión de la ley en el Código civil, la eficacia secundaria de los actos nulos, reforma del sistema conflictual español en materia de Derecho internacional y vecindad civil.

Al cerrar aquí la recensión he sentido tentaciones de volver al texto para ver—nostálgicamente—si aún conservaba aquella o aquellas frases y expresiones que CASTÁN vertiera en sus originales, y así es, en efecto. Al comenzar el tema de la renuncia de las leyes, CASTÁN empezaba y sigue empezando con esta frase de DE DIEGO, repetida por millares de opositores: «Un individualismo verdaderamente anárquico mantenido vivo en todo el curso de la historia pudo sostener la tesis de la renuncia de las leyes y ocultarla y justificarla con mil sutilezas...» Vuelvo páginas y al fijarme en lo que dice y decía respecto de la labor de Notarios y Registradores en la elaboración del Derecho, no puedo más de alabar su precisión: «Por otra parte, las interpretaciones y construcciones jurídicas que a través de sus respectivas calificaciones formulan los Notarios y Registradores pueden llegar a alcanzar—cuando sean reiteradas y obtengan general acepta-

ción—un valor normativo. Ellas constituyen el material o ingrediente básico con el que se forma la doctrina o jurisprudencia de la Dirección de los Registros, y ellas pueden también ser la base de costumbres jurídicas o usos jurisprudenciales que, a la postre, con mucha frecuencia, llegan a ser acogidos por el propio legislador, convirtiéndose en normas de perfecto Derecho positivo.» ¿No es ésta la *jurisprudencia de problemas*, como ya apuntaba CABANILLAS en el prólogo de mi obra, nuestra obra, perdón?

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*. Volumen I: «Derecho de familia». Tomo V: «Relaciones conyugales». Editorial Reus. Madrid, 1976.

Cuando cumplido el Año de la Mujer, de carácter internacional, ésta logra dentro de nuestro ordenamiento una reforma legislativa de carácter bastante general, pero concretada en puntos que afectan al sistema económico y personal del matrimonio, se hace importante estudiar esa serie de comentarios que van saliendo en torno a las innovaciones y, particularmente, las obras clásicas, que con nuevas vestiduras y aportaciones brindan matices y visiones generales difíciles de superar.

JOSÉ CASTÁN verá complacido, desde ese sitio que Dios le reservó, cómo su obra perdura y se renueva y cómo para ello existen singulares y acertadas colaboraciones que hacen fácil y en la misma línea el necesario ensamblaje de lo nuevo con lo que perdura. En esta ocasión es un Catedrático de Derecho civil y Magistrado excedente—empapado de los conocimientos que CASTÁN le proporcionó—, llamado GABRIEL GARCÍA CANTERO, y el hijo del autor de la obra—JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ—quienes se encargan de poner al día, o más bien, actualizar toda esa inmensa y clara doctrina que el autor ofreció en sus diversas ediciones.

La obra en sí y puesta al día cobra una dimensión difícil de precisar. En este mundo paradójico de las innovaciones muchos son los temas que se barajan en el momento actual en torno a la familia. Los grandes movimientos reaccionarios no atacan «al santo por la peana», sino que van directamente a la institución, no sé si con ánimo de destruirla o de modificarla. La huelga puede ser el gran arma que vaya minando poco a poco la economía de la industria. El divorcio es también el ataque más firme, más claro y más convincente a la idea de permanencia de la familia y su unidad. Es claro que todo ello, desde el punto de vista de la legalidad, es viable, aconsejable en ciertos casos y temerosamente generalizable. Generaciones nuevas exigen nuevas estructuras, quizá mediatizadas por el sentido de la urgencia, pero está por ver los grandes resultados que van a lograr alcanzar cuando se atacan los principios de conexión; unidad, sumisión y concentración familiar.

De lo que ha sido y es la familia en su proyección de relaciones conyugales—personales y patrimoniales—es de lo que trata el presente volumen, que hace de la obra de CASTÁN permanente elemento de consulta. Por supuesto, en esta «puesta al día» se ha utilizado el mismo sistema que en otras ocasiones. Es decir, se han respetado las esencias tradicionales de esta obra, en la que la claridad y la sistemática facilitan plenamente el conocimiento de materias y opiniones de gran complejidad.

Recuerdo, con esa memoria nostálgica que le hace retroceder a uno en los años, que el CASTÁN que yo estudiaba para prepararme a oposiciones

era una obra de pocos volúmenes en la que había tres partes singularmente perfectas: derechos reales, contratos y familia. Posteriormente fueron mejorando las sucesiones en esa aportación de estudios que la doctrina hizo después de nuestra guerra y la parte general. Ahora la obra entera está totalmente nivelada en extensión y profundidad. El actual volumen se enriquece con las aportaciones de GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, de materias nuevas y comentarios inevitables a unos preceptos y situaciones creados por la Ley de 2 de mayo de 1975, reformadora del Código civil sobre capacidad jurídica de la mujer casada.

Estructuralmente, la obra sigue manteniendo los esquemas de los temas de oposiciones. Lleva un ensayo bibliográfico de obras generales sobre Derecho de familia, y al frente de cada tema se agolpan, en auténtico alarde, las principales obras y trabajos de autores españoles y extranjeros sobre la materia. Cierran el volumen unas listas, debidamente clasificadas, de las obras de CASTÁN TOBEÑAS, GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, así como los índices generales.

Para una exposición del contenido de este volumen se hace preciso adoptar una sistemática que permita al lector, en resumida visión, hacerse una idea general de la obra. Distingo por ello la familia y el matrimonio, la relación conyugal y las especialidades forales.

A) *La familia y el matrimonio*.—En esta parte se exponen los temas correspondientes a las materias de la familia en general, caracteres y naturaleza, el matrimonio como institución y sus dos grandes clases: el civil y el canónico, así como la materia de los esponsales.

Aparte de la puesta al día de todas las materias citadas, CASTÁN VÁZQUEZ, que redacta las mismas, añade algunos otros temas de actualidad, como son la jurisdicción del Derecho de familia, el problema de su unificación supranacional, el tema del negocio jurídico familiar, la reforma del Derecho de familia y la protección especial a las familias numerosas.

B) *La relación conyugal*.—Aunque algunas materias citadas caben perfectamente en este epígrafe que elijo, con él quería destacar los aspectos o efectos personales del matrimonio y la materialización patrimonial de la relación. Lo que se refiere al efecto o aspecto personal de la relación, sigue siendo CASTÁN VÁZQUEZ el que maneja el texto e incorpora al mismo toda la proyección que la Ley de 2 de mayo de 1975 realiza en el Código civil. La estructura es la clásica: efectos comunes (en orden a la vida en común, fidelidad, mutuo auxilio, débito conyugal, emancipación, nacionalidad, honores, etc.) y efectos especiales (la administración, las *litis expensas* y la vecindad civil). Junto a ello se destaca el estudio que el autor hace de la autoridad marital, superada o suprimida por la reforma de 1975.

El régimen patrimonial del matrimonio o el aspecto patrimonial de la relación conyugal se ofrece en el volumen y es parte que requería un minucioso comentario, ya que la reforma de 1975 redacta, añade y suprime ciertos artículos, dejando intocados otros que pueden plantear esos inevitables problemas que toda precipitación legislativa lleva consigo. La adaptación la hace GARCÍA CANTERO con acierto y pulso firme, manejando una bibliografía muy abundante en algunos puntos y teniendo que pronunciarse en otros.

Desde el estudio de los sistemas que pueden adoptarse para la organización de la sociedad conyugal, hasta el sistema de capitulaciones matrimoniales, pasando por el sistema español, se destina el primer lugar, para luego ir desmenuzando los sistemas de comunidad, la sociedad de gananciales, la separación de bienes, las donaciones por razón de matrimonio y entre cónyuges, la dote y los parafernales y capital del marido.

Penetrar en cada uno de los puntos concretos que afectados por la reforma son tratados por el autor sería tarea que excede de los límites en que debo moverme. Por ello sólo me quiero referir aquí a la materia de

gananciales, en la que con ser muy extenso y diverso el comentario, aparte del apoyo doctrinal, quedan determinados reflejos que han venido a plantearse cuando el acto intenta tener acceso al Registro. Es cierto que el autor, con una clara sistemática, ofrece la norma reglamentaria que parece solucionar el problema (arts. 95 y 96 del Reglamento Hipotecario), pero al haberse alterado la redacción de artículos básicos del Código civil, como el 59, que otorga al marido la administración; el 63, que impide representar un cónyuge a otro sin voluntad; el 1.416 (intocado), que prohíbe a la mujer obligar los bienes de la sociedad conyugal sin el consentimiento del marido, resulta que hay supuestos que no dejan entrar en juego los artículos reglamentarios y que, según algunos autores, impiden la inscripción de ellos. Pende en la Dirección General un recurso sobre el tema y es de esperar que prospere el buen criterio defendido por ALVAREZ BEJIGA y RODRÍGUEZ ABRADOS en sendos trabajos sobre este punto.

C) *Derecho foral*.—La legislación reformadora del Código civil, constituida por la Ley de 2 de mayo de 1975, aunque inicialmente parece que intentaba derogar todo lo que se le opusiese en el Derecho foral, por el juego del nuevo precepto 13, redactado por Decreto de 31 de mayo de 1974, según dice LACRUZ BERDEJO, debe entenderse que no queda afectada por dicha ley. De ahí que cobren relieve e interés los capítulos que se dedican en este volumen a examinar el sistema económico matrimonial de Aragón, Cataluña, Baleares, Navarra, Vizcaya, Alava y territorio del Baylío.

La obra se completa con un estudio referido a la suspensión y disolución de la sociedad conyugal y las cuestiones que el matrimonio plantea en el Derecho internacional privado y en el Derecho interregional.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CLAVERO ARÉVALO, Manuel-Francisco: *El nuevo régimen de las licencias de urbanismo*. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1976.

A pesar de las pocas páginas de que consta esta monografía dedicada a las licencias de urbanismo, es tal la profundidad de las ideas que en la misma se recogen y el rigor de su contenido, que hacen su lectura imprescindible para todo aquel que desee llegar a un conocimiento adecuado sobre los tres aspectos fundamentales que en ella se desarrollan: licencias municipales para las actividades urbanísticas del Estado, licencias municipales con infracciones urbanísticas manifiestas y graves y responsabilidad administrativa y civil en materia de licencias de urbanismo.

El primer punto—*licencias municipales para las actividades urbanísticas del Estado*—ha sido objeto de diversas soluciones desde el Reglamento de 1924, en el que simplemente se exigía dar cuenta a la autoridad municipal, pasando por la Ley del Suelo de 1956, que determinaba que tras la puesta en conocimiento del Ayuntamiento, y en caso de disconformidad de éste, fuese el Consejo de Ministros quien decidiera, hasta llegar al Texto Refundido vigente, que somete la cuestión en su artículo 180 al régimen ordinario de licencias para las actividades urbanísticas mencionadas en el artículo 178 del mismo. Lo que ocurre es que, junto al procedimiento ordinario, se establece la regla de que en supuestos de *urgencia o excepcional interés público*, el Ministro competente, por razón de la materia, podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, y si éste no estuviere de acuerdo es el Consejo de Ministros quien decide si procede ejecutar el proyecto, ordenando

en este caso la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento.

Desde el punto de vista subjetivo, la relación que nos ocupa se entabla entre el municipio que otorga la licencia, de una parte, y el Estado o entidades de Derecho público que administren sus bienes, de otra. En cuanto a las actividades sometidas a tal régimen de licencia, es evidente —señala CLAVERO— que están comprendidas todas aquellas en las que el Estado actúa como un particular y las que, incluidas en el artículo 178 T.R.L.S., persiguen la consecución de intereses públicos. Finalmente, aquellas actividades con trascendencia urbanística propias y específicas de la competencia de los diversos departamentos ministeriales, opina que si bien están excluidas de tal régimen, sin embargo, deben someterse a la verificación municipal, con función decisoria final del Consejo de Ministros en caso de discrepancia. Por último, en lo tocante al procedimiento excepcional, elogia el autor la intervención preceptiva del Ministerio de la Vivienda y el informe de la Comisión Central de Urbanismo, aunque considera una omisión importante del artículo 180, 2, T.R.L.S., que nada se diga sobre el valor de la ausencia de declaración municipal en el plazo de un mes —silencio administrativo— que parece razonable entender equivale a disconformidad con el proyecto presentado.

Otra novedad del artículo 180 T.R.L.S. es la relativa a la posibilidad de *suspender actividades urbanísticas* del Estado o de entidades de Derecho público que administren sus bienes, cuando estando incluidas entre las que necesitan licencia, se lleven a cabo sin la conformidad establecida en el procedimiento excepcional o en contradicción con la notificación municipal de conformidad con el planeamiento. La indicada facultad tiene una excepción: las obras que afecten directamente a la *defensa nacional*, según establece el último párrafo del apartado 3 del expresado artículo 180, que regula un procedimiento singular para tales suspensiones.

El segundo capítulo de la obra está dedicado al estudio de las *licencias municipales con infracciones urbanísticas manifiestas y graves*, entendiendo por tales las que constituyen incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso de suelo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas. Las diversas actividades encuadradas en el ámbito de dichas infracciones pueden reconducirse a dos supuestos: A) *Obras en ejecución o a punto de iniciarse al amparo de licencias ilegales*. Como aspectos más dignos de destacar señalaremos: 1.º La suspensión por los Alcaldes de la eficacia de los actos administrativos que gozan de presunción de legitimidad y consiguiente paralización de las obras. 2.º Un protagonismo claro de los Gobernadores civiles en evitación de la posible pasividad de los Alcaldes. 3.º Utilización por las autoridades del proceso contencioso-administrativo especial regulado en el artículo 118 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. B) *Obras ya terminadas* (art. 187 T.R.L.S.).

Estima CLAVERO, en relación con este precepto, que es posible acudir no sólo a la vía administrativa del artículo 110 L.P.A., sino también a la prevista en el artículo 109 de la misma, cuya referencia erróneamente se ha omitido.

Por todo ello, el autor llega a la conclusión de la innecesariedad del artículo en cuestión, habida cuenta de la ordenación del régimen de revisión de los actos municipales, que se establece en los preceptos últimamente citados (arts. 109 y 110 L.P.A., que se aplican con carácter general a todos los actos administrativos) y en el artículo 224, 2, T.R.L.S., respecto a los actos que tienen carácter urbanístico.

En cuanto a las consecuencias de la invalidez de la licencia u orden de ejecución, son fundamentalmente tres: la demolición de la obra realizada en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios producidos

y la responsabilidad sancionadora, esta última reducida al facultativo que hubiere informado favorablemente el proyecto y a los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de licencia sin el informe técnico previo, o cuando éste fuere desfavorable o se hubiere hecho la advertencia de ilegalidad prevista en la legislación de régimen local.

Finalmente, conviene apuntar la actuación menos incisiva de los Gobernadores civiles, que se limitan a dar conocimiento a la Comisión Provincial de Urbanismo, a los efectos de las facultades de subrogación general que a este órgano le concede el artículo 5.º, 4, del T.R.L.S.

La tercera parte de la obra de CLAVERO está dedicada al tema de la *responsabilidad administrativa y civil en materia de licencias de urbanismo*. Ambos aspectos son considerados distinguiendo los supuestos de que las actividades se realicen sin licencia o contra su contenido, o bien tras el otorgamiento de licencias ilegales. Asimismo, y en el marco de la responsabilidad patrimonial, se estudian las consecuencias derivadas de los daños y perjuicios causados al propietario titular de la licencia y a terceros e incluso los originados por el retraso en el otorgamiento de la misma o por su denegación ilegítima. Tal vez lo más característico de esta materia sea que, en la regulación de las sanciones, el T.R.L.S. no ofrece una clasificación en relación a los tipos de infracciones ni se distinguen las que corresponden a infracciones graves o leves. Tan sólo se establecen unos criterios de graduación de las multas referidos a la gravedad del asunto, a la entidad económica de los hechos constitutivos de la infracción, a su reiteración por el responsable y al grado de culpabilidad de cada uno de los infractores.

Otra idea fundamental es la expropiación de los beneficios producidos por la infracción (art. 228, 7, T.R.L.S.) y la ruptura de la regla de la solidaridad en cuanto a las multas cuando existen varios responsables en una misma infracción. Termina CLAVERO su obra advirtiéndole de la necesidad insoslayable de establecer, en garantía de terceros, un sistema de publicidad para los edificios y parcelaciones cuyas licencias urbanísticas estuvieren impugnadas o en trance de revisión.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

JOHNSON, E. L.: *El sistema jurídico soviético*. Ediciones Península. Barcelona, 1974.

La presente obra de JOHNSON, profesor que fue de Derecho soviético en las Universidades de Durham y Londres, está basada en una serie de conferencias pronunciadas en el University College durante el curso 63-64 y acompañada de un sugestivo índice de lecturas complementarias, se propone como objeto ofrecer una introducción al estudio del sistema jurídico soviético.

En apretada síntesis histórica, el autor arranca del entramado normativo de la Rusia prerrevolucionaria: el Código primitivo o *Russcaya Pravda* (1018), en línea paralela a la legislación de los Estados europeos de su tiempo. El período de dominación tártara, con un anquilosamiento en el proceso evolutivo del Derecho privado, aferrado a las instituciones heredadas, y la recepción del principio autocrático de servicio universal obligatorio. El imperio de los zares de Moscovia, modelado por el abso-

lutismo mongólico y la tradición bizantina del Estado misionero. La lucha contra el permanente caos legislativo y judicial, que desde la publicación de los *Uluzheniye* y la reforma administrativa de Pedro y Catalina, pasando por la intensa labor recopiladora que, impulsada por SPERANSKI, culminará con la publicación (1830) de la colección completa de Leyes del Imperio, llegará, por fin, hasta la reforma judicial de 1864, con el establecimiento de un sistema de Tribunales regulares acogidos a las garantías de independencia e inamovilidad, la creación de un doble Tribunal de casación, la adopción del principio de juicio público y oral, el reforzamiento de la legalidad procedimental y la atribución de las funciones de representación procesal a un cuerpo de juristas profesionales.

En la misma línea de análisis histórico, la evolución jurídica de la Rusia posrevolucionaria es estudiada a continuación a través de la sucesión de cuatro etapas:

- El período de comunismo de guerra (1917-20): promulgación de la primera Constitución revolucionaria, legislación expropiatoria, Código de Familia y de Trabajo, reorganización del régimen de Tribunales.
- El período de nueva política económica (1921-27), en el que las necesidades coyunturales imponen una restauración temporal del modelo capitalista bajo un estricto control del Estado: liberalización del sistema de explotación de la tierra; restablecimiento de la pequeña empresa y retorno al principio de negociación en el ámbito de la contratación laboral; publicación del Código civil del 22, de inspiración continental, con subordinación de los derechos individuales al cumplimiento de los fines económico-sociales; flexibilización del estatuto familiar con mantenimiento entre los cónyuges de un régimen de comunidad de adquisiciones, y reforma, en fin, de la organización judicial, a través de un mecanismo procesal de cuatro instancias.
- El período de la «Segunda Revolución», que a partir de 1927 da paso a la etapa stalinista: colectivización de la agricultura, industrialización en gran escala y sistema de planificación económica. Los órganos administrativos se arrogan gran parte de las funciones tradicionales del poder judicial y proliferan las acciones puramente arbitrarias de las autoridades estatales. La apariencia formalmente legalista de la Constitución del 36 es desbordada por una normativa de carácter marcadamente coercitivo.
- La etapa posstalinista, con una inmediata neutralización de las medidas represivas: amnistía y revisión de procesos; abolición de los Tribunales especiales del MVD y de la Ley sobre Movimiento de Trabajo; período de reelaboración legislativa, con reducción de penas, reforzamiento de los derechos de defensa, supresión de la «culpa por asociación» y eliminación del principio de analogía en la esfera penal.

Analizado así el proceso histórico de la juridicidad soviética, pasa el autor a una consideración esquemática de las bases del sistema jurídico:

- La teoría jurídica: el Derecho soviético como aplicación de la filosofía marxista, la crítica del «Derecho burgués», el papel del Derecho en la «dictadura del proletariado», la desaparición del Estado, el tránsito de la ortodoxia pura de PASHUKANIS al pragmatismo de la «legalidad revolucionaria» de VYSHINSKI.
- Las fuentes: A) La Constitución: estructura, órganos y mecanismos de actuación. Observaciones en torno a modificaciones, ausencia de

división de poderes, entramado federativo y principio de doble subordinación. B) La Ley: las leyes del Soviet Supremo; los decretos del Presidium—complementarios, interpretativos, directamente normativos—y su autoridad legislativa de hecho; el Consejo de Ministros: legislación delegada, directa y compartida; las instancias legisladoras de los territorios de la Unión. C) Jurisprudencia: su valor formalmente interpretativo y virtualmente normativo. Las directrices obligatorias del Tribunal Supremo y el significado informador de la publicidad de sus sentencias. La analogía y los principios generales en la resolución de las *lagunae legis*. D) Costumbre: el Derecho consuetudinario campesino y su progresivo deterioro.

- Libertades civiles: los derechos económicos y sociales; la igualdad de sexo y raza; la libertad de conciencia y sus restricciones; la libertad de expresión y los límites impuestos por la censura y la persecución de actividades contrarrevolucionarias; los derechos de reunión, asociación y su control administrativo; el régimen de garantías en los casos de arresto, detención o custodia.
- El Derecho de propiedad: la abolición de la propiedad privada de los instrumentos y medios de producción. La propiedad socialista y sus titulares: el Estado, los grupos colectivos, los organismos cooperativos y las organizaciones públicas. La propiedad privada de tipo residual: las pequeñas empresas de campesinos y artesanos, los artículos de uso y consumo, la propiedad familiar agrícola, derechos de autor y certificados de invención, la vivienda y su régimen legal específico.

Una vez estudiada la temática de las bases y presupuestos jurídicos, entra el autor en el análisis concreto de la reglamentación positiva. Y así, los capítulos V y VI aparecen dedicados al Derecho penal en su doble aspecto procesal y sustantivo.

La faceta procedimental es descrita por JOHNSON con precisión y rigorismo. Se analizan sus diferentes fases: de averiguación, investigación preliminar, sesión administrativa sobre admisión o rechazo de la acusación y juicio. Se consignan las necesarias referencias en torno a la organización y funcionamiento de los Tribunales Populares, con interesantes consideraciones en relación al sistema electivo de designación y a la composición mixta de sus miembros. Y se estudian igualmente las instancias superiores de apelación y revisión, así como el marco funcional de la Procuraduría y las instituciones policiales.

La Procuraduría, caracterizada por su alto grado de centralización e independencia, se nos muestra vinculada a una doble función supervisora: general, manteniendo el ejercicio de la autoridad dentro de los límites de las facultades y competencias de los distintos órganos, y judicial, sosteniendo la acusación e interviniendo activamente, con amplios poderes directivos, en la fase de investigación preliminar. Los organismos policiales ordinarios—la KGB se circunscribe a la persecución de las actividades de espionaje y contrarrevolución—desempeñan fundamentalmente un triple cometido: investigación de delitos, sanción de infracciones administrativas y cumplimiento de las obligaciones generales de mantenimiento del orden, prestación de auxilios y tramitación de pasaportes.

El delito, de otro lado, se concibe como un reflejo de la lucha de clases, una supervivencia del modelo capitalista, que determina su consideración como «acto socialmente peligroso». La obra que comentamos contiene, a este respecto, interesantes referencias a las circunstancias modificativas de responsabilidad, régimen penitenciario, delincuencia juvenil y catálogo de penas, con especial alusión a las de trabajo correctivo, confinamiento y destierro. Se resalta asimismo la originalidad tipológica de determina-

das figuras delictivas, como las que derivan de la supervivencia de costumbres atávicas, las de propaganda y agitación antisoviética, especulación, huida al extranjero y aquellos cuasi delitos o faltas sociales cuyo enjuiciamiento se atribuye a Tribunales de Camaradas y Asambleas públicas, en una intervención de connotaciones claramente morales.

El siguiente capítulo aparece dedicado a las relaciones contractuales y al régimen de responsabilidad civil. Es evidente que la esfera patrimonial resulta notablemente restringida bajo un sistema de propiedad socialista. Y por ello, después de resaltar las especialidades procesales, se hace tan sólo una somera alusión a las obligaciones de saneamiento, venta a crédito, contrato de asistencia vitalicia y reglamentación de la responsabilidad por daños, acogida a la actuación atenuada de los principios de causalidad y riesgo extraordinario.

Más amplio resulta el tratamiento del régimen familiar soviético, cuya normativa se desenvuelve a través del esquema siguiente:

- Matrimonio: A) Relaciones personales: principios de inscripción, solemnidad y preaviso. Limitaciones por razón de edad y parentesco. Causas de nulidad: concurrencia de impedimentos, falta o defecto de consentimiento, bigamia. Causas de divorcio: ruptura matrimonial e imposibilidad de restablecimiento del vínculo de convivencia con apreciación discrecional de los Tribunales. B) Relaciones patrimoniales: la extensión y contenido del deber de alimentos. El sistema económico-conyugal de comunidad de adquisiciones: carácter privativo de los bienes de uso exclusivo o de los que resultaren adquiridos a título gratuito, régimen de copropiedad, división de la comunidad por muerte o ejecución crediticia, las especialidades divisorias en caso de divorcio.
- Filiación: Los hijos abandonados: mecanismos de adopción, dependencia y patronato. Tendencia igualitaria en materia de filiación ilegítima: la asimilación en los casos de inscripción conjunta y las posibilidades—limitadas—de investigación de la paternidad, con los efectos igualatorios de la declaración positiva.
- Sucesiones: Reseña el autor en este campo las más destacadas especialidades: la necesidad de intervención notarial en el otorgamiento testamentario, la libertad de testar y los derechos legitimarios de incapaces e hijos menores, la designación libre de beneficiario sobre los depósitos en entidades de ahorro, la dependencia de hecho frente al causante como causa del llamamiento, la limitación temporal en la aceptación, los derechos preferentes sobre el ajuar doméstico y las certificaciones notariales de herencia como título legitimador.

El capítulo XI se centra en el estudio de las relaciones jurídicas de trabajo. Se analiza la evolución histórica de los Sindicatos y sus funciones actuales a través de los Comités de Fábrica y de su intervención en la negociación colectiva y los conflictos laborales, reseñándose igualmente las diferentes prestaciones dentro del régimen de la Seguridad Social.

Especial interés ofrece, por su originalidad, el tratamiento de las unidades agrarias colectivizadas. Después de referirse a las granjas del Estado, inspiradas en principios fabriles, y al carácter residual de las granjas individuales, pasa el autor a centrarse en el análisis del *Kolkhoz*, la granja colectiva propiamente dicha tras la desaparición de las comunas y las formas asociativas de tipo cooperativo. La granja, de naturaleza intransferible, aparece como titular del uso perpetuo de una tierra, cuya propiedad corresponde al Estado. Se rige por un mecanismo de salarios garantizados, debiendo transferir al Estado un determinado contingente de sus productos, bajo un sistema de precios impuestos. Parte del remanente líquido de sus ingresos pasa a integrar un fondo indivisible, destinándose

el resto a la gratificación de sus miembros. El modelo de granja colectiva es, de otra parte, compatible con la atribución limitada de parcelas individuales, que junto con el ganado y ajuar constituyen una suerte de propiedad familiar, susceptible, en casos específicos, de sucesión, separación o partición.

El capítulo XI se ocupa sustancialmente de los aspectos jurídicos de la organización económica:

- La empresa pública, como persona jurídica sometida a las directrices de planificación. Los conflictos interempresariales y su resolución a través de los Tribunales de Arbitraje, con análisis de su naturaleza, estructura y funcionamiento.
- El sistema bancario y su posición monopolista: Banco Exterior y Banco de Inversiones. Las facultades del Banco del Estado: créditos y depósitos; control de las transacciones entre empresas y del tráfico de moneda extranjera; funciones presupuestarias, emisoras y supervisoras; régimen de sanciones económicas y crediticias.
- La fiscalidad centralizada: impuestos sobre las corporaciones, empresas y granjas colectivas; impuestos sobre la renta; redistribución federal de los ingresos fiscales.

Finalmente, se ocupa la obra comentada de un tema altamente sugestivo: la posición profesional del jurista en el ámbito de la sociedad soviética. Analizada con anterioridad la institución de la Procuraduría, la más prestigiosa de entre las carreras jurídicas, el estudio se centra sustancialmente en la Abogacía, el Notariado y las funciones de asesoramiento de empresas y departamentos estatales:

- La Abogacía aparece organizada en Colegios de proyección territorial, cuyo Presidium o Comité establece despachos colectivos en los principales centros comarcales. Los honorarios, graduados en diversas escalas, son percibidos directamente por el despacho. El acceso al Colegio, que ejerce una estricta autoridad disciplinaria, se realiza a través de un período de prácticas y exámenes. La Abogacía, no obstante disponer de una relativa libertad profesional y expresiva, goza de escaso prestigio social y de limitadas posibilidades de lucro y promoción. Su intervención, muchas veces circunscrita al ámbito procedimental, se concibe, de otro lado, en colaboración con los Tribunales y tiene por límite la legitimidad de los derechos alegados.
- Las funciones de asesoría, de importancia creciente, se centran en la defensa y orientación jurídica de la organización en que se integra y en la supervisión de la legalidad de los actos que de ella emanan, debiendo abstenerse de toda intervención contenciosa que pueda resultar infundada o carente de justificación.
- El Notariado, cuyos miembros—mayoritariamente femeninos—tienen el carácter de empleados del Estado, aparece reglamentado de acuerdo con la legislación de cada República, dependiendo de la autoridad local y el Tribunal Supremo. Territorialmente, las oficinas notariales radican en los centros urbanos, con delegación de funciones en los Soviets de aldea. Las decisiones son, en cualquier caso, recurribles ante los Tribunales y sus intervenciones se concretan en las esferas documental, contractual y sucesoria.

Así, la oficina notarial procederá a la certificación de documentos, previa constatación de su autenticidad. La legalización notarial de los contratos—preceptiva o discrecional, según los casos—supone, de otro lado, una prueba *prima facie* de la identidad y capacidad de las partes, así como de la veracidad de los elementos fácticos de su contenido. El Notario

ejercerá, además, amplias facultades calificadoras en materia de legalidad y legitimación, pudiendo también dictar órdenes de ejecución en determinados supuestos de incumplimiento contractual. Y al Notario incumbe, en fin, el asesoramiento moral y jurídico del testador, el otorgamiento de la disposición testamentaria, la emisión de certificados de herencia y la resolución incluso de posteriores conflictos sucesorios y particionales.

En consecuencia, la obra de JOHNSON, pese a haber sido concebida con un propósito divulgador, trasciende, por tanto, de su significado meramente informativo para ofrecernos un estudio, perfectamente estructurado, del panorama de la juridicidad soviética.

Las instituciones se nos muestran y describen más allá de sus perfiles técnicos, enraizadas vitalmente en el devenir histórico y el trasfondo sociopolítico de una comunidad revolucionaria. Y así, tras la mera exposición normativa, el autor nos va descubriendo todo un entramado subyacente de tensiones dialécticas: de la tradición impugnada al orden nuevo, de la ortodoxia teórica a la legalidad revolucionaria, del Estado dogmático al Estado pragmático, de la ética individual a la moral colectivizada.

De otro lado, la obra se concibe y desarrolla desde una elogiada postura de neutralidad informativa y objetividad de enjuiciamiento. Como aproximación desapasionada a una nueva realidad jurídica, permanece alejada de la crítica escandalizada y la soberbia academicista. Y no faltan tampoco sugestivos apuntes sobre Derecho comparado y notables aportaciones de tipo sociológico. Se trata, en suma, de una obra de extraordinario interés para una bibliografía como la nuestra, tan exageradamente «occidentalizada».

GERMÁN GALLEG0 DEL CAMPO
Registrador de la Propiedad

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*. Volumen I: «Parte general. Delito y cuasidelito». Librería Bosch. Barcelona, 1977.

El presente texto, integrado por dos secciones: una, sobre parte general, y otra, sobre la responsabilidad por delito o cuasidelito, con multiplicidad de apartados dentro de cada una de ellas, comprende un total de 259 páginas, completadas al final con un detallado índice.

El primer capítulo, dentro de la primera sección, recoge unas ideas generales sobre la obligación. Se habla así de la obligación y del derecho de obligaciones, de la génesis y del vínculo de la obligación, de la naturaleza y eficacia de este vínculo y, finalmente, por contraste con el estudio del vínculo obligacional, se recoge el de la que los juristas romanos denominaron *obligatio naturalis*, y que hoy sigue llamándose obligación natural, esto es, casos de atribuciones patrimoniales voluntarias que habiendo tenido lugar sin ánimo liberal y, por otra parte, sin existir ninguna otra obligación de hacerlas, son, sin embargo, irrepetibles.

Pasando al objeto de la obligación nos encontramos con la prestación, a la que por cierto se refiere nuestro Código civil cuando en el artículo 1.088 dice que: «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa», requiriéndose por la doctrina que la prestación sea posible, lícita y determinada, discutiéndose, por el contrario, sobre la patrimonialidad de la prestación.

Abordado el problema de la patrimonialidad o no patrimonialidad de la prestación, se estudian las clases de prestación, para después tratar de

las diversas clases de obligaciones. Así, pues, se examinan: las obligaciones alternativas y facultativas; las indivisibles; las genéricas; las pecuniarias, con los problemas que plantea la alteración del valor de la moneda e instrumentos de estabilización, y, por último, la deuda de intereses.

Otro punto examinado por LACRUZ es el de los sujetos de la obligación, poniendo de manifiesto cómo tanto en el lado activo como en el pasivo puede haber varios sujetos de la obligación. Ello nos pone en contacto con las obligaciones mancomunadas y solidarias, distinción a la que se refiere el artículo 1.137 del Código civil cuando dice que: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de ellos tenga derecho a pedir o cada uno de éstos debe prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.» O sea, en las mancomunadas, el crédito o deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros. En cambio, en las solidarias, se trata de obligaciones y créditos de «todos y cada uno por el todo».

La solidaridad puede estar tanto del lado del deudor como del acreedor. En la primera, se estudia su naturaleza y estructura, y también la relación de pago y las causas de extinción de la deuda: condonación, novación y confusión, completándose todo ello con el estudio del incumplimiento y reclamación del acreedor, oponibilidad de excepciones por el deudor solidario y relación interna en la deuda solidaria.

Junto a la pasiva está la solidaridad activa o de acreedores, regulada en los artículos 1.141 a 1.143 de nuestro primer texto legal.

Otro apartado trata de las fuentes de las obligaciones. En él, tras la exposición de los antecedentes y enumeración reflejada en nuestro Código civil, se plantea el problema de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

El cumplimiento de la obligación merece también la consideración del autor.

Una de las causas de extinción de las obligaciones es la del pago o cumplimiento, según destaca el artículo 1.156 del Código civil, discutiendo la doctrina si el pago es un negocio puramente objetivo, que no comporta otros elementos, sino una obligación preexistente y una prestación, conforme al objeto de ésta, o un negocio jurídico, en el cual es esencial la voluntad de pagar, o—como estima cierto sector de la doctrina—hay negocio tratándose de obligación de dar o de transferir la propiedad.

Tras esta discusión doctrinal sale a relucir una cuestión práctica, a saber, la relevancia de la voluntad del acreedor y la del deudor en el acto del cumplimiento: cuestión que LACRUZ trata de resolver directamente, prescindiendo de innecesarios planteamientos conceptuales.

Pasando al estudio de los sujetos y objeto del pago, nos encontramos, en el primer aspecto, por un lado, con el sujeto activo, examinándose tanto el sujeto que debe como el que puede pagar la deuda, y por otro, con el sujeto pasivo o persona a la que debe hacerse el pago por estar a su favor constituida la obligación.

En cuanto al objeto, es de hacer notar que el cumplimiento, para determinar la liberalidad del deudor, ha de reunir ciertas condiciones objetivas, que la doctrina sintetiza en los requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad de la prestación.

Resulta también de importancia la cuestión del lugar de cumplimiento de la obligación, tanto por su posible influjo en la determinación de la competencia como por reconducir al acreedor, o bien al deudor, en las obligaciones de dar la carga del transporte de la cosa debida.

Otros puntos abordados dentro de este tema son: tiempo del pago,

término o plazo, gastos, prueba del pago, imputación y, por último, modalidades del cumplimiento, bien sea a través de la dación en pago o bien a través de la cesión de bienes.

Examinado el cumplimiento llegamos al incumplimiento de las obligaciones. Tras un planteamiento general y poniendo de manifiesto cómo nuestro Derecho trata primero de conseguir el cumplimiento *in natura*, aunque sea por la fuerza, se aprecia cómo no siendo posible el cumplimiento *in natura*, sea por imposibilidad de prestar o por voluntad del acreedor, el Código civil en unos casos extingue la obligación, y en otros, la transforma en la de entregar un equivalente pecuniario de la prestación fallida.

Afirma LACRUZ que en cualquier caso de incumplimiento se produce, interviniendo culpa, una nueva obligación: la de resarcir en dinero el daño causado, no para castigar al deudor, sino para dejar indemne al acreedor.

Esta indemnidad es, según insiste LACRUZ, resarcimiento de daños y no un equivalente del valor de la prestación incumplida: presupone, por tanto, la existencia de tales daños. Faltando éstos, el incumplimiento—salvo pacto—no obliga a indemnizar ultra de la prestación debida.

A continuación, LACRUZ BERDEJO examina, en primer lugar, los conceptos generales, determinantes, a la vez, de la obligación de prestar el equivalente y (en su caso) la indemnización; luego, las consecuencias de la imposibilidad de la prestación en orden a su sustitución o no por un equivalente pecuniario y, por último, el tema del resarcimiento de daños y perjuicios.

En el primer aspecto nos encontramos con el estudio detallado de la culpa contractual, caso fortuito y fuerza mayor, mora del deudor y mora del acreedor.

Ahora bien, cuando la prestación, luego de nacida la obligación, se ha hecho definitivamente imposible, hay que decidir si se extingue la deuda o bien se transforma en una del equivalente pecuniario (aparte de la eventual indemnización de daños). Las normas al respecto se encuentran en el capítulo destinado a tratar de la extinción de la obligación, sección segunda, que lleva el título «de la pérdida de la cosa debida», pero se extiende a todo supuesto de imposibilidad sobrevenida e incluso a la del acreedor de recibir la cosa, que hace imposible, correlativamente, la prestación del deudor.

Finalmente, con independencia de si la prestación se ha hecho o no imposible y de la prestación por equivalente que pueda sustituir a la *in natura*, en su caso, cualquier tipo de incumplimiento produce obligación de resarcir los daños causados por consecuencia suya mediando culpa o dolo.

Entrando ya en el apartado concerniente a la extinción de las obligaciones, LACRUZ BERDEJO, dejando aparte las ya estudiadas del pago o cumplimiento y la pérdida de la cosa debida, examina las demás causas enumeradas en el artículo 1.156 de nuestro Código civil, o sea: la compensación, la confusión, la novación y la condonación.

Otro capítulo recoge la transmisión y otras modificaciones subjetivas de las obligaciones. Comienza tratando de la cesión de créditos, toda vez que no hay razón alguna para que la *facultas exigendi*, en que consiste el lado activo de la obligación, no pueda comunicarse a otro, salvo que medie pacto en contrario o se trate de una prestación personalísima por parte del acreedor. Nuestro Código civil regula la cesión de créditos al final de la compraventa en los artículos 1.526 y siguientes, bajo la rúbrica de «la transmisión de créditos y demás derechos incorpóreos», aunque es claro que tal transmisión puede tener lugar por cualquier título, y los mismos preceptos que se agrupan bajo el indicado epígrafe son aplica-

bles: unos, a toda cesión a título oneroso, y otros, a cualquier transferencia.

Concretamente, se habla de los requisitos de la cesión, efectos, responsabilidad del cedente y de la cesión de créditos litigiosos, estudiándose también el pago con subrogación como supuesto que guarda cierta semejanza con la transferencia del crédito.

Junto a la cesión de créditos está la asunción de deuda. Sobre este punto, LACRUZ estima que la transferencia de una deuda no puede parificarse con la de un crédito: la responsabilidad pasa a gravar un patrimonio distinto y con ello cambia el conjunto de la relación.

El Código civil contempla la transferencia de deuda como un caso de novación: según el artículo 1.203, las obligaciones pueden modificarse... sustituyendo la persona del deudor. El autor, junto a la novación como instrumento de cambio del deudor, examina los efectos de dicho cambio, completando todo ello con la delegación y otras figuras afines como supuestos de transferencia del crédito, de deuda o de ambos.

Pasando a los medios de aseguramiento del crédito, son objeto de especial consideración: 1.º La llamada acción subrogatoria, recogida en el artículo 1.111 del Código civil. 2.º La revocatoria o pauliana, en tanto en cuanto los acreedores pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos. 3.º Las arras penitenciales. 4.º La cláusula penal y las arras penales, y, finalmente, el derecho de retención como medio mecánico de disuasión de la actitud rebelde del deudor frente al cumplimiento, cuya eficacia dependerá del deseo que tenga éste de recuperar el objeto retenido.

Otro tema de interés, con el que precisamente concluye la sección primera de la obra, es el relativo a la concurrencia y concurso de acreedores. Dentro de este capítulo existen, a su vez, una serie de apartados referentes a: privilegios, bien sean especiales o generales; prelación entre créditos preferentes; la ejecución colectiva, y, por último, régimen del concurso.

La segunda sección de la obra está dedicada a la responsabilidad por delito o cuasidelito, comprendiendo una serie de capítulos, que iremos desgajando a lo largo de su lectura.

El primero de ellos se refiere al planteamiento del Código, con una serie de apartados comprendidos bajo las s.s. rúbricas: de la responsabilidad subjetiva a la objetiva, responsabilidad penal y civil y consecuencias de la dualidad de sistemas.

El segundo capítulo de esta sección hace referencia al régimen común de la responsabilidad por hecho propio, y dentro de ello son varios los temas planteados.

Primero se habla de los presupuestos de la responsabilidad: el hecho imputado, que puede consistir en una acción u omisión; la voluntariedad, siendo opinión generalmente aceptada, en materia de responsabilidad por culpa, que los hechos u omisiones dañosos, para ser imputables al agente, han de ser voluntarios, es decir, realizados con consciencia y libertad. Añade la doctrina que el acto dañoso debe ser antijurídico, es decir, entrañar la transgresión de una regla de Derecho.

Más como la responsabilidad civil ha de fundarse en una infracción de las reglas de conducta por el agente del daño: según el grado de intencionalidad de tal infracción, la doctrina distingue tradicionalmente actuación dolosa, de una parte, y culposa, o sea, negligente, de otra. En suma, la distinción se concreta en la intención con que se realiza el acto dañoso: el dolo presupone la de conseguir el efecto perjudicial, y la culpa no.

Pasando a los presupuestos de la obligación de reparar, se destaca cómo, desde el punto de vista civil, la obligación de indemnizar sólo nace cuando

la acción u omisión producen daño, siendo éste, pues, un elemento constitutivo de la responsabilidad civil.

El daño puede ser material y moral. El material comprende dos aspectos: la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener. El daño moral, cuya indemnización ha llegado a admitir el Tribunal Supremo, es el perjuicio que, sin afectar a las cosas materiales, se refiere al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos, que son los más estimados, y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados.

Independientemente de ello, y como género mixto entre el material y moral, está el daño corporal.

Por otro lado, entre la conducta del agente y el daño ha de existir una relación de causalidad.

La víctima del daño, pues, habrá de demostrar tal relación, mientras que el agente podrá defenderse probando cómo no existe.

Ahora bien, en el daño causado por la conducta de un sujeto se pueden interferir, determinando o coadyuvando a su causación, elementos extraños, a saber: el hecho de la víctima, el de un tercero o un acontecimiento anónimo de fuerza mayor. Cualquiera de estos acontecimientos exonera de responsabilidad al agente por interferencia en el nexo causal, cuando se demuestre ser imprevisible e irresistible o inevitable.

Una vez producido el daño, la obligación de repararlo nace como una obligación de hacer: se trata de dejar indemne al perjudicado. Es así cómo dentro de este tema el autor aborda una serie de puntos concretos, cuales son: el resarcimiento como deuda de valor, el contenido de la reparación, fijación del importe de los daños, etc.

Por último, tras el examen de la prevención de la responsabilidad, habla de la acción de responsabilidad, con el estudio de su transmisión, renuncia y prescripción.

El tercer capítulo de esta segunda sección se refiere a la responsabilidad por hecho no propio, distinguiéndose, a su vez, entre responsabilidad por hecho ajeno (de padres y tutores, empresarios, maestros, etc.) y la responsabilidad como consecuencia de daños causados por los animales y las cosas.

Para terminar la obra, y refiriéndose a la regulación específica de ciertos casos de responsabilidad, LACRUZ BERDEJO examina la responsabilidad civil del Estado, discerniendo entre: *a)* la responsabilidad de Derecho público o responsabilidad de la Administración por daños causados actuando como sujeto del poder público: en el ejercicio de funciones públicas y en la prestación de servicios de la misma naturaleza; *b)* responsabilidad de Derecho privado, o sea, la responsabilidad por daños de la Administración derivados de su actuación como persona privada: en pie de igualdad con los ciudadanos, y *c)* responsabilidad del funcionario.

Recogiendo otros regímenes especiales de responsabilidad, pone de manifiesto cómo en ciertas materias, en las cuales el riesgo de accidente o catástrofe es mayor o la posición del perjudicado se halla más necesitada de protección, la responsabilidad viene regulada, con manifiesta tendencia a la objetivación de la culpa, más o menos completa, por disposiciones especiales. Son éstas: *a)* La Ley de Accidentes de Trabajo. *b)* Automóviles. *c)* Navegación aérea. *d)* Daños nucleares. *e)* Ley de Caza.

Dada la personalidad y maestría del autor resulta ocioso destacar la importancia de la obra y su valor notorio para todo estudioso del Derecho.

CARLOS MARTÍN ALBORNOZ

PAREJO GAMIR, ROBERTO: *Protección registral y dominio público*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1975.

El tema tratado por PAREJO GAMIR en su tesis doctoral es de una singular dificultad, nacida primordialmente de la coexistencia de dos principios polarmente opuestos: uno, de carácter legal inserto en las Leyes Administrativas y en el propio Código civil, el de la *imprescriptibilidad* del dominio público, defendido a ultranza por la doctrina administrativista, y otro, aparentemente opuesto, cual es el de la *protección al tercero registral*, llevado hasta sus últimas consecuencias por la doctrina hipotecarista.

La cuestión de la relación dominio público-Registro ofrece, a juicio del autor, dos vertientes fundamentales: La primera, supone el examen del posible acceso del demanio a los libros hipotecarios. La segunda, se dirige a dilucidar si, en caso afirmativo, la inscripción del demanio se somete a las reglas generales del sistema u ofrece alguna peculiaridad.

La regulación positiva de la inscripción de los bienes de la Administración aparece *extra legem* al amparo de confusas e incluso contradictorias disposiciones administrativas hasta 1915, fecha en que el Reglamento Hipotecario la incorporó a su articulado. Hasta éste, la regla general era la obligación de inscribir todos los bienes cuya titularidad fuere imputable a la Administración Central o Local. De esta regla general se hacía una excepción: la de aquellos bienes (ríos, riberas del mar, calles, plazas, etc.) que tenían por su propia esencia una ostensibilidad respecto de la cual era sólo un añadido inútil la publicidad derivada del Registro.

El nuevo Reglamento, aun conservando las propias palabras del Real Decreto de 1864, cambia rotundamente su sentido. En efecto, de la *obligación* de inscribir todos los bienes del Estado, se pasa a la *posibilidad* de inscribir todos los bienes inmuebles que pertenecen a aquél o a las Corporaciones Públicas. La excepción relativa a los bienes demaniales adquiere, ante esta facultad discrecional, un matiz diferente del que tenía cuando la norma establecía la regla general de la obligación de inscribir, y que ante un examen ahistórico y escueto del precepto reglamentario, ha dado pie a la exclusión del Registro de los referidos bienes demaniales, sostenida por la mayoría de la doctrina y por una jurisprudencia dubitativa e imprecisa. Ahora bien, esta exclusión puede entenderse de dos maneras: como principio, en cuyo supuesto los libros registrales estarán cerrados al demanio, o como dispensa.

El autor del libro, tras una profunda incursión a través del campo del dominio público, sienta la conclusión de que tanto en la esfera central de aquél, como en la local, excepción hecha, en la primera, de los *montes*, cuya inscripción está normativamente prevista, y en la segunda, de los bienes destinados a un *servicio público*, la excepción no debe considerarse una prohibición de acceso al Registro, sino como simple *dispensa de inscripción*.

Planteada así la cuestión, nos queda examinar la segunda de las vertientes antes aludidas, esto es, la de los efectos de la inscripción del dominio público desde dos ángulos fundamentales: a favor de la Administración y a favor de los particulares. En el primer supuesto—afirma PAREJO GAMIR—, el dominio público no se privatiza, sino que la inscripción juega como un «plus» o añadido al demanio sin menoscabo de sus cualidades esenciales, tales como la imprescriptibilidad e inembargabilidad, que hacen inaplicables los artículos 36 de la Ley Hipotecaria (prescripción «contra tábulas») y 140 y siguientes del Reglamento Hipotecario (anotaciones de embargo, etc.).

La inscripción del demanio a favor de los particulares es objeto de un minucioso examen por el autor del libro recensionado, quien contempla los efectos del Registro, en cuanto a la *posesión*, en relación con los montes, vías pecuarias, zona marítimo-terrestre y catálogos administrativos, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial. Su posición es, en síntesis, la siguiente: la inscripción provoca la pérdida de eficacia de las más genuinas potestades administrativas relativas al demanio, como son, el deslinde, la acción de oficio y demás de carácter posesorio. Las facilidades derivadas de esas instituciones se esfuman y no queda más que el juicio civil de reivindicación para salvar el dominio público. Es más, en sentido inverso debe reconocerse una eficacia registral rápida, fulminante, frente a la Administración, derivada de la posible utilización por el titular inscrito del proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con la única excepción de que trate de utilizarla contra *montes catalogados*, como se infiere del artículo 10 de la Ley de Montes y el artículo 68 de su Reglamento.

Los efectos de la inscripción de cara a la *propiedad*, se estudian asimismo por PAREJO en la última parte de su obra con singular brillantez y a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia. Su conclusión parte de una adecuada interpretación de las normas originarias, y en especial del Real Decreto de 1864, cuya intención no era la de excluir el demanio del Registro, sino *dispensarlo* de la obligación general de inscripción, en base a la *ostensibilidad* general que caracteriza a los bienes que lo componen. Esta ostensibilidad es lo que el autor denomina *publicidad patente*, cuya comprobación efectiva sólo puede hacerse en el marco procesal adecuado, esto es, en el juicio ordinario. En la actualidad, la nota o cualidad de la ostensibilidad no es predicable de todo el dominio público, sino tan sólo de algunas zonas del mismo, por lo que aquél está en gran parte expuesto a la eficacia del Registro de la Propiedad. De aquí se deduce el gran error consistente en seguir buscando la protección del patrimonio administrativo por la vía de declaraciones generales y abstractas, con lo que justamente se logra lo contrario: la absoluta desprotección de los bienes que integran el dominio público frente al Registro.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre 1976

La administración de la Sociedad Anónima y sus problemas actuales, por Ángel Cristóbal Montes, páginas 645 a 695.

La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de Comercio y los derechos del tenedor de la letra perjudicada, por Vicente Cuñat Edo, págs. 695 a 725.

Inversiones extranjeras en España, por Alfredo García-Bernardo Landeta, págs. 725 a 811.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Noviembre-diciembre 1976, núm. 126

Sobre la unidad de los Tribunales fiscales, por Rafael Calvo Ortega, páginas 1065 a 1075.

Evolución del procedimiento económico-administrativo en España, por Aurelio Guaita, págs. 1075 a 1097.

La impugnación de las resoluciones de los Jurados tributarios ante la Jurisdicción económico-administrativa sobre cuestiones de competencia de los primeros, por José Luis Pérez de Ayala, págs. 1097 a 1113.

El sistema tributario foral de Navarra, por Rafael Aizpún Tuero, páginas 1113 a 1139.

El sistema fiscal suizo (Taxation in Switzerland), por Félix de Luis, páginas 1139 a 1163.

La formación de los recursos humanos y la financiación de la educación, por Mircea Popovici y Dan Grinden, págs. 1163 a 1185.

Ganancias de capital, por Enrique Piedrabuena, págs. 1185 a 1192.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre 1975

Evicción de cargas, por Rafael Núñez Lagos, págs. 9 a 47.

El derecho de voto y el conflicto de intereses en la Sociedad Anónima, por Carmen Alborch Bataller, páginas 47 a 131.

Las primeras ediciones privadas del Código civil (1888-1898), por José María Castán Vázquez, págs. 131 a 185.

La evolución de la familia en materia de filiación y de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, por Francisco Lucas Fernández, José Manuel Pérez-Joffre Esteban y Antonio Rodríguez Adrados, págs. 185 a 437.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANA

Año 1976, núm. 4

Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Víctor Fairén Guillén, páginas 763 a 871.

Aspectos procesales de la Constitución de Bayona, por Nicolás González Deleito, págs. 871 a 881.

La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu, por Ernesto Pedraz Penalba, págs. 905 a 945.

El Secretario judicial en la nueva Ley Orgánica de la Justicia. Similitud de su configuración en el Derecho comparado. Posible desarrollo de sus funciones en los nuevos códigos de procedimiento, por José María Ramos González, páginas 945 a 979.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Diciembre 1976

Estudio sintético de la rescisión por lesión en más de la mitad en los Derechos catalán y navarro, por Manuel Albaladejo, págs. 981 a 992.
El régimen matrimonial en el Derecho escocés, por María Teresa Fernández-Pacheco Martínez, páginas 993 a 1028.

Enero 1977

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, por Manuel Albaladejo García, páginas 3 a 13.
El Derecho civil, evolución de su concepto y tendencias actuales, por Jaime Santos Briz, págs. 14 a 40.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Enero-febrero 1977

La expropiación urbanística y el texto refundido de la Ley del Suelo, por Adolfo Carretero Pérez, páginas 13 a 37.
En torno a la problemática de los equipamientos, por Gonzalo González Romero, págs. 37 a 61.
Los problemas del medio natural, por Luis Paluzie Mir, págs. 61 a 85.

Sobre el alcance de las cesiones en la Ley del Suelo, por José Luis González Berenguer Urrutia, páginas 85 a 99.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Julio-septiembre 1976, núm. 96

Una comunidad en busca de definición, por C. Lison-Tolosana, páginas 7 a 25.
La sociología rural en perspectiva: una evolución crítica, por Manuel García Ferrando, págs. 25 a 61.
La participación del agricultor en la comercialización agraria en España, por José Eugenio González del Barrio, págs. 61 a 105.
El análisis factorial en explotaciones agrarias, por L. Giménez Díaz, A. Prieto Guijarro, G. Arévalo Vicente y J. F. Bustos Alvarez, páginas 105 a 133.
Presente y futuro de la juventud campesina, por Paulino González, páginas 133 a 153.
Reflexiones sobre el desarrollo, por Elías Mendelievich, págs. 153 a 179.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Octubre-diciembre 1976, núm. 192

Las Haciendas locales en la Ley de Bases del Estatuto, por Gabriel Solé Villalonga, págs. 713 a 729.
Áreas regionales y Ley de Régimen Local, por Miguel Herrero de Miñón, págs. 729 a 753.
El funcionario público y la tercera edad, por Eduardo Roca Roca, páginas 753 a 789.
Un ejercicio de programación financiera municipal, por Alberto de Rovira Mola y Javier Merino Martínez, págs. 789 a 809.

REVISTA GENERAL
DE DERECHO

Diciembre 1976, núm. 387

Algunas anotaciones sobre la información periodística en los Derechos penal y civil de España y sus límites, por Enrique Ruiz Vadillo, páginas 1183.

Licencias municipales de obras para la construcción de viviendas en régimen libre y en régimen de protección oficial, por Juan Antonio Martí Bagué, págs. 1192 a 1201.

Enero-febrero 1977, núms. 388-389

Algunas anotaciones sobre la información periodística en los Derechos penal y civil de España y sus límites, por Enrique Ruiz Vadillo, páginas 2 a 13.

La competencia jurisdiccional en la suspensión de pagos, por Pedro Navarro Vilarrocha, págs. 13 a 17.

REVISTA GENERAL
DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA

Noviembre 1976, núm. 5

Los ancianos ante el Derecho civil, por Gabriel García Cantero, páginas 419 a 429.

En torno a los derechos sobre el empleo, por Jesús Valdés y Menéndez Valdés, págs. 429 a 473.

Diciembre 1976, núm. 6

Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares, por Jesús María Lobato de Blas.

Adecuación de las medidas de seguridad al estado peligroso, por Carlos Onecha Santamaría.

