

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LII e Marzo - Abril 1976 o Núm. 513

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 Cariñanos.

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Autonomía privada y Derechos Reales», por LUIS DíEZ PICAZO	273
«Acotaciones a las “Sociedades Anónimas Laborales” (SAL)», por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	307
«Notas sobre el usufructo con facultad de disponer», por RAFAEL A. RIVAS TORRALBA	339
«“Pignus servitutis”. D. 20.1.12», por GERARDO TURIEL DE CASTRO.	357

NOTAS:

«La anticipación como técnica jurídica contradictoria», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	385
---	-----

VIDA JURIDICA:

«Leyes Hipotecarias de España. Fuentes y evolución», por JOSÉ CERDÁ GIMENO	393
--	-----

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS, JOSÉ QUESADA SEGURA, BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JAVIER SÁENZ VILLAR, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	425
---	-----

	<i>Págs.</i>
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS.	461
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	464
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JESÚS ALVAREZ BELTRÁN	469

LIBROS:

«Estudio de los problemas de titularidad jurídica de las personas jurídicas», de JOSÉ ABAD BURRUEZO, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY.	489
«La práctica de la Plusvalía», de JUAN ARROYO GARCÍA, GINÉS MASÍA BUFORN y JOSÉ ENRIQUE REBÉS SOLÉ, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	490
«Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria», de ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	491
«Las diligencias preparatorias del juicio ejecutivo», de VIDAL ESTEPA MORIANA, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	498
«La justicia administrativa en Costa Rica», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por NARCISO DE FUENTES SANCHIZ	501
«Esquemas de legislación y doctrina hipotecaria», de JOSÉ PABLO HERRÁN DE LAS POZAS, por X. X.	502
«Modernas orientaciones sobre la Institución registral», de JESÚS LÓPEZ MEDEL	506
«Cambio social y vida jurídica en España», de JOSÉ JUAN TOHARIA, por GERMÁN GALLEGO DEL CAMPO	506

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	513
-----------------------------------	-----

ESTUDIOS

Autonomía privada y derechos reales*

1.—*La cuestión tradicional del «numerus clausus» o del «numerus apertus» de derechos reales.*—En nuestra doctrina jurídica se ha discutido tradicionalmente si nuestro Derecho positivo adopta frente a los derechos reales un sistema de *numerus clausus* o de *numerus apertus*. Según el sistema del *numerus clausus*, los derechos reales constituyen tipos cerrados y necesarios en su configuración (*Typenzwang*). No es posible que los particulares constituyan más derechos reales que aquellos que la ley establece o tipifica de una manera determinada. Se funda esta línea en la idea de que la constitución de derechos reales no es materia que presente un exclusivo interés privado y que, por consiguiente, pueda dejarse a merced del arbitrio de los particulares. Afecta a los intereses de los terceros (posibles adquirentes, personas de cualquier modo relacionadas con los bienes, etc.) y, por ello, al tráfico en general y en esa medida al orden público.

Por el contrario, en el sistema de *numerus apertus* se entiende que los particulares pueden crear derechos reales distintos de aquellos establecidos o tipificados por la ley. Es decir, la libertad individual goza de la misma autonomía en materia de derechos reales que en materia de derechos de crédito o de obligación.

El sistema de *numerus clausus* tiene vigencia en Alemania, Austria, Argentina, Japón, Finlandia, Holanda, Portugal, Suiza y Suecia. En Francia y en Italia se discute cuál es el sistema adoptado por la ley, aunque en Italia, después del Código de 1942, la doctrina es prácticamente unánime en favor del *numerus clausus* (1).

(*) El presente trabajo ha sido escrito especialmente para el Libro-Homenaje en honor de don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE.

(1) MESSINEO, *Manuale del Diritto Civile e Commerciale*, Milán, 1965, volumen 2.º, pág. 567; BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano*, Turín, 1965, vol. 1.º, pág. 715; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Padua, 1970,

En relación con el Derecho alemán (2), señala WOLFF (3) que el Código civil de aquel país ha vuelto a adaptar el sistema romano del *numerus clausus*, poniendo a disposición de las partes un número restringido de tipos fijos de derechos. Este número es hoy mayor que el que se admitía en el Derecho común y, por su parte, los Derechos territoriales, en la esfera de competencia a ellos reservada, lo aumentan, aunque el autor citado señale que faltan muchos tipos que en el Derecho anterior y en los Derechos extranjeros han mostrado su utilidad.

El sistema de *numerus clausus*, dice WOLFF, favorece la claridad y la abarcabilidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias. Se funda en la conveniencia de que la propiedad esté al resguardo de la multiplicación de gravámenes imposibles de prever. El sistema de registro persigue la misma finalidad y sólo puede ser eficaz si el *numerus* de derechos registrables es limitado y su contenido se encuentra fijado por la ley.

De este modo se excluye la creación de cualquier derecho real por acuerdo de las partes, aunque no se cierre el camino a una marcha evolutiva del derecho. El autor citado señala desde este punto de vista, que en el Derecho de colonización se han creado algunas formas nuevas de derechos reales.

En el Derecho francés se han manifestado opiniones favorables al sistema de *numerus clausus* o de enumeración limitativa de los derechos reales. MAZEAUD (4) dice que así como hay plena autonomía y plena libertad en la creación de derechos personales, no ocurre lo mismo en los derechos reales. La razón de ello es para MAZEAUD solamente dogmática. Como en los derechos reales no hay dos personas, sino una persona y

página 408; BRANCA, *Istituzioni di Diritto Privato*, Bolonia, 1969, pág. 208. MESSINEO dice que los derechos reales son típicos en el sentido de que la voluntad del constituyente no puede crear figuras nuevas y diversas, ni tampoco modificar su disciplina jurídica. A su juicio, es decisiva la desaparición en el Código de 1942 de preceptos del Código de 1865 que remitían a la voluntad de los particulares posibles derogaciones (por ejemplo, arts. 476, 616, etc.). La tipicidad de los derechos reales deriva del principio de libertad fundiaria. La multiplicidad acabaría ahogando y vaciando de contenido el derecho de propiedad. El negocio jurídico de creación de un derecho real atípico es nulo por ser *contra legem* o, por lo menos, ineficaz.

(2) Para el Derecho alemán, *vid.* VON THUR, *Parte general*, I, pág. 137; HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, 1930; WESTERMANN, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1969, pág. 19; BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Munich, 1966, pág. 77; EICHLER, *Institutionen des Sachenrechts*, Berlín, 1954, pág. 54.

Según los autores citados la regla del *typenzwang*, que no se discute, se encuentra formulada en los «Motivos» del Código civil.

(3) WOLFF, *Derecho de Cosas*, trad. esp., 3.ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1971.

(4) MAZEAUD-MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tomo II, 4.ª ed., por M. DE JUGLART, París, 1969.

una cosa, sólo puede corresponderle al legislador el definir los poderes que el hombre tiene derecho a ejercitar sobre las cosas (5).

Más matizada es la opinión de PLANIOL y RIPERT (6). Señalan PLANIOL y RIPERT que la posibilidad de crear derechos reales fuera de los que el Código civil enumera y la de modificar la fisonomía de los existentes ha sido muy discutida, pronunciándose por la solución afirmativa gran cantidad de autores y la jurisprudencia. La Corte de casación afirmó ya en 1834 que los artículos 344, 546 y 552 del Código de Napoleón son declarativos del derecho común en relación con la naturaleza y los efectos de la propiedad, pero que no son prohibitivos y que ni esos artículos ni ninguna otra ley excluyen las diferentes modificaciones y descomposiciones de que es susceptible el derecho ordinario de propiedad. Después de ello los Tribunales han admitido la creación convencional de cargas reales en beneficio, por ejemplo, de una mina y han considerado que las tasas de riego debidas por los usuarios de un canal privado tenían el carácter de cargas reales.

Efectivamente, dicen estos autores (7), ningún texto prohíbe formalmente la creación de nuevos derechos reales o la modificación de los ya reconocidos. El artículo 543 del Código civil es enunciativo y su enumeración es, por otra parte, incompleta. Hay, pues, que respetar la libertad de convención siempre que no vaya contra una disposición de orden público, como ocurriría si se quisiera resucitar los antiguos derechos feudales o desconocer los artículos 530 y 685 del Código.

Sin embargo, se señala también que la creación de nuevos derechos reales por voluntad privada tropieza con dos obstáculos jurídicos que la hacen extraordinariamente rara. Por una parte, el derecho real tiene siempre como contrapartida necesaria una obligación impuesta a todas las demás personas de respetar la situación del titular. Y esta obligación pasiva de los terceros no puede resultar de la simple voluntad del acreedor, sino que es preciso que exista con anterioridad a la creación del derecho.

Los terceros sólo pueden estar obligados a respetar este nuevo dere-

(5) *Op. cit.*, pág. 4. Los autores citados recuerdan la frase de TEILHARD, *Exposé de Motifs*: «Il ne peut exister sur les biens aucune autre espèce de droits.» También, LOCRE, *Travaux préparatoires*, tomo 8.º, pág. 51.

(6) PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, París, 1952, tomo III, *Les biens*. En el Derecho francés, AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil*, se inclinaban por la negativa (*numerus clausus*), pero en la 7.ª ed. ESMEIN matiza el tema (vol. II, pág. 91). Se admiten el derecho de superficie y algunas formas especiales de copropiedad. El Código, se dice, ha querido limitar la posibilidad de crear cargas perpetuas, salvo las previstas como servidumbres. La jurisprudencia ha considerado como *cargas reales*: la renuncia del propietario de la servidumbre a los daños causados por el concesionario de una mina (Dijon, 30 de diciembre de 1896), la tasa de irrigación de un canal (C. de Estado, 23 de marzo de 1904) y una prohibición de concurrencia al vendedor (Rouen, 28 de noviembre de 1925).

(7) *Op. cit.*, pág. 54.

cho si tenían ya antes la obligación de respetar el derecho del constituyente. De este modo, hay que concluir que el derecho real así creado sólo puede ser una desmembración de un derecho antiguo. Aunque la ley ha previsto la mayor parte de estas desmembraciones, es posible la articulación de algunas otras.

Entre los sistemas que se muestran partidarios del *numerus clausus* de derechos reales se suele citar el Código civil argentino, que en su artículo 2.502 dice: «Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer», y a continuación, el artículo 2.503 dice que «son derechos reales: 1.º El dominio y el condominio. 2.º El usufructo. 3.º El uso y la habitación. 4.º Las servidumbres activas. 5.º El derecho de hipoteca. 6.º La prenda. 7.º La anticresis (8).

VÉLEZ SARSFIELD (9) justifica la solución dada en el Código con la opinión de DEMOLOMBE (10), quien, dice, sostiene extensamente esta tesis contra otros muchos juriconsultos franceses. Recuerda también VÉLEZ que el Derecho romano no reconoció al lado de la propiedad sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, pero que desde la Edad Media las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon muchos derechos reales por medio del arrendamiento perpetuo o del contrato de cultura perpetua y por mil otros medios. En España la constitución de rentas perpetuas, como los censos, creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían y el acreedor del canon tenía derecho a perseguir la cosa a cualquier mano que pasase.

Los escritores españoles, dice VÉLEZ, se quejan de los males que se habían producido por la existencia de diferentes derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario y el del censalista, pues las propiedades

(8) Código civil de la República Argentina, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960.

(9) VÉLEZ SARSFIELD, *Notas, op. y loc. cit.*

(10) La cita de VÉLEZ es al *Cours de Code Napoleon*, tomo IX, 5.ª ed., París, 1887, págs. 425 y ss. El autor se pregunta si los particulares pueden a su gusto y conveniencia cambiar o modificar los derechos reales establecidos por el Código Napoleón, es decir, crear derechos reales distintos de los que el Código establece. En general, dice, la doctrina y la jurisprudencia deciden que los particulares pueden desmembrar o descomponer el derecho de propiedad como les parezca, con la excepción, unánimemente reconocida, de que no se puede hacer revivir ninguno de los antiguos derechos feudales, ni constituir rentas perpetuas. Para DEMOLOMBE, sin embargo, el artículo 543 es limitativo (*op. cit.*, núm. 519, página 437) y los derechos que los particulares pueden constituir sobre sus bienes deben necesariamente poder reconducirse siempre a una de estas tres clases de derechos: derecho de propiedad; derecho de usufructo, uso o habitación, o derecho de servidumbre.

iban a su ruina. En otros casos, se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del pasto que naciera y otro el de las plantaciones que se hubiesen hecho. La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y a la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando un derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros o a la licitación.

2.—*La cuestión en el Derecho Positivo español.*—En nuestro Derecho, dice CASTÁN (11), se acepta generalmente el sistema de libertad en la constitución de derechos reales y en la modificación de la fisonomía de los establecidos en la ley. Por otra parte, el marco de los derechos reales típicos es en nuestro Derecho muy amplio, y dentro de él tienen cabida cuantas modalidades puedan exigir las conveniencias económicas de los contratantes.

Frente a esta tesis se han alzado algunas voces muy autorizadas, especialmente entre los hipotecaristas. No puede hablarse de libre creación de derechos reales, pues no pueden admitirse otros derechos reales que aquellos que estructuralmente reúnen los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para ser considerados como tales. El sistema de *numerus clausus* tiene la ventaja de uniformar toda la gama de derechos sobre las cosas en categorías perfectamente definidas y con unos caracteres bien determinados. Con ello se facilita sobre todo la labor de llevanza y de gestión del Registro. El camino para satisfacer nuevas exigencias jurídicas queda siempre abierto por la vía de los derechos personales (12).

La opinión de ROCA (13) es más matizada. ROCA dice que el contraste entre el sistema de lista abierta de derechos reales inmobiliarios, que por el solo hecho de ser tales tendrían abiertas las puertas del Registro, y el sistema de lista cerrada es notable, pero que en el fondo la diferencia entre ambas reglas es puramente formal, pues por un lado los ordenamientos legales que dicen que adoptan el sistema limitativo de derechos reales, considerando tales solamente los aceptados por la ley, admiten algunos tipos que por su amplitud constituyen un molde generoso que per-

(11) CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, vol. 2.º, ed. 1950, pág. 41.

(12) SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*, pág. 156.

(13) ROCA, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., Barcelona, 1968, tomo II, pág. 335.

mite catalogar en él una variedad de figuras que corresponden a otros tantos derechos reales, y, por otro lado, a pesar de que oficialmente los sistemas como el nuestro sean de *numerus apertus*, ello no supone la libérrima posibilidad de crear nuevos derechos reales además de los expresamente reconocidos por la ley, de suerte que no es nada fácil, dado lo prolijo de nuestro sistema en cuanto al número de derechos reales nominativamente admitidos que los particulares puedan adoptar nuevos tipos de los mismos, pues, aparte de que ello más que inventar sería descubrir, ni la ley establece aquí precepto alguno semejante al artículo 1.255 y otros del Código civil, ni pueden ser considerados como derechos reales ciertos pactos que a lo más sólo alcanzan a tener trascendencia en perjuicio de tercero como carga o gravamen real, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real. Por consiguiente, concluye ROCA, puede afirmarse que también en nuestro Derecho Positivo viene a regir prácticamente la regla del *numerus clausus*, aunque formalmente se diga que impera la regla del *numerus apertus* (14).

Recientemente ALBALADEJO (15) se ha pronunciado de manera rotunda en favor del sistema de *numerus apertus*, no sólo desde el punto de vista de la interpretación del Derecho vigente, sino también en abstracto o desde el punto de vista del Derecho constituyente (*de lege ferenda*). A su juicio, el argumento de que los derechos reales interesan a la Comunidad, y no sólo los particulares que los establecen, no es argumento suficiente para desbancar el sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre los bienes los derechos que apetezca. Señala además el docto profesor, que cabe admitir variantes dentro de los derechos reales tipificados, lo que pone de relieve el enorme fallo de la doctrina *numerusclausista*, pues —se pregunta—, ¿para qué sirve prácticamente el *numerus clausus*, si casi todos los derechos reales posibles cabe establecerlos, no como nuevos, sino como uno de los subtipos o variedades de los elásticos tipos de los derechos reales *oficiales* que acogería la ley? Se llega así a la conclusión de que hay aquí un argumento no ya contra la tesis del *numerus clausus*, discusión que concluye ALBALADEJO, habría que suprimir por inoperante en la práctica. Sin embargo, que inoperante en la práctica no es, lo pone de relieve una abundante jurisprudencia hipotecaria que el propio ALBALADEJO recoge con profusión.

Con independencia de lo que más adelante se pueda decir, desde ahora

(14) *Op. cit.*, págs. 336 y ss.

(15) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, vol. 1.º, Barcelona, 1974.

se pueden oponer algunos reparos a los argumentos esgrimidos por ALBALADEJO. El primero de los argumentos es el «sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca» (16). El segundo argumento estaría recogido en el siguiente interrogante: ¿Para qué sirve prácticamente el sistema de *numerus clausus*, si casi todos los derechos reales pensables cabe establecerlos, no como nuevos, sino como uno de los subtipos o variedades de los elásticos tipos de derechos reales oficiales que acogería la ley? (17). Los dos argumentos admiten respuesta. Cuando se habla de la «libertad de cada uno para imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca», se está haciendo una afirmación que suscita a su vez nuevas preguntas y nuevas cuestiones. En primer lugar, ¿qué libertad es ésta y dónde se encuentra jurídicamente consagrada dicha libertad? ¿Es la libertad de contratación del artículo 1.255 del Código civil con los límites de dicho artículo y el efecto relativo que por lo general asigna los contratos del artículo 1.257, o se trata de otra libertad diferente, y en este caso, cuál? ¿Es una libertad que se ejercita mediante un negocio jurídico unilateral? Por consiguiente: ¿es sólo una libertad del propietario, como parece quererse indicar cuando se habla de la libertad de cada uno sobre sus bienes?

En otro sentido, se habla de *imponer* sobre los bienes los derechos que se apetezcan. Pero ocurre que además de imponerse derechos sobre los bienes, los derechos se conceden o se otorgan y se conceden u otorgan con unas correlativas obligaciones o deberes jurídicos a cargo de alguien, que, de algún modo podría resultar obligado sin que su voluntad se hubiera tenido en cuenta. En alguna medida, el argumento de la libertad es engañoso, porque, como en muchos otros aspectos, es libertad para unos y sujeción para otros.

Se puede dar respuesta también a la pregunta de que para qué sirve el *numerus clausus* si casi todos los derechos pensables cabe establecerlos como variantes de los tipos elásticos que la ley acoge. Las ventajas de la tipificación, aunque dentro de ella se admitan elásticas variantes, parecen evidentes. La tipificación favorece la claridad, facilita y hace eficaz el sistema de registro, da certidumbre a la propiedad y a los gravámenes que sobre ella puedan existir y, no cabe duda, asegura mejor el interés de los adquirentes. Un usufructo, con variantes en su régimen jurídico, será siempre un usufructo, mientras que el producto innominado y nebuloso de una convención puede no llegarse a saber lo que es.

(16) ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 26 y ss.

(17) *Op. cit.*, pág. 27.

Probablemente lo que ocurre es que la cuestión, planteada sobre la alternativa *numerus apertus* o *numerus clausus*, se desenfoca. El problema no estriba tanto en nuestro Derecho en decidir si hay o no hay *numerus clausus*, cuando la lista cerrada no aparece por ningún sitio y las listas que aparecen son abiertas, cuanto en decidir si por *numerus apertus* vamos a entender lo mismo que por ilimitada amplitud de la libérrima voluntad de los particulares o si, por el contrario, esta libertad y esta voluntad están sometidas a algunos límites y cuáles son en su caso estos límites (18). Tiene razón CHICO (19) cuando dice que no es lo mismo tratar de dilucidar si es posible crear algún derecho real aparte de los regulados en el Código que saber si esta posibilidad en caso afirmativo, carece o no de límites, pues son dos cosas distintas determinar si las figuras reguladas por el Código son las únicas posibles y determinar qué límite encuentra en su caso la autonomía de la voluntad. Y es cierto que no es lo mismo, pero es cierto también que una y otra cuestión se confunden constantemente, se involucran y se implican.

Abandonando, pues, el viejo camino del enfrentamiento entre *numerus clausus* y *numerus apertus*, lo que hay que tratar de investigar son los límites de la autonomía privada en la creación de derechos reales, incluyendo en este punto tanto los derechos reales típicos como atípicos.

En alguna medida este camino ha sido intentado por BUENAVENTURA CAMY (20), quien partiendo de que entre nosotros impera efectivamente la idea o sistema del *numerus apertus*, trata de buscar «reglas inspiradoras de un criterio de selección», apuntando las siguientes: 1.^o Que lo decisivo ha de ser siempre el contenido real de los negocios jurídicos y de los derechos y no la denominación que a los mismos se dé; 2.^o que las promesas de derechos reales no son derechos reales en sí; 3.^o que los motivos o intenciones de las partes en los contratos son en principio de carácter obligacional; 4.^o que existen limitaciones en la aplicación del sistema del *numerus apertus* como es en particular el respeto debido a las prohibiciones establecidas por las leyes; 5.^o que es necesario configurar con claridad el derecho real innominado y 6.^o que, como ya se ha dicho, hay que atender al derecho que se constituye para estimarlo como real.

(18) Vid. OTERO, «Derechos posibles con relación a las cosas», *RDP*, 1921, página 262, y «Límites generales en la determinación de los derechos reales», *RDP*, 1922, pág. 95. SERVAT, «Derechos reales y pactos de trascendencia real», *RCDI*, 1948, pág. 750.

(19) CHICO, *Complemento al Derecho Hipotecario y su Legislación*, Madrid, 1974, pág. 119.

(20) CAMY, *Comentario a la Legislación Hipotecaria*, vol. 1.º, Granada, 1969, páginas 431 y ss.

Desarrollando este último punto, el autor citado señala que los derechos reales innominados no podrán ser nunca formas especiales de propiedad (21), sino que han de ser derechos limitativos del dominio y que tienen necesariamente que recaer sobre cosa ajena, pues en favor del propietario no hay más derecho que el de propiedad. En segundo lugar, señala también que el contenido real de este derecho limitativo en cosa ajena no podrá nunca agotar todas las posibilidades que la cosa pueda prestar y, por último, que ha de ser un derecho de carácter temporal, por virtud de lo dispuesto en el artículo 785, con la sola excepción de las servidumbres respecto de las cuales parece admitirse la perpetuidad.

Por último, hay que señalar que una de las causas que dificulta la solución de nuestro problema consiste en que las mismas funciones económicas y los mismos intentos empíricos que pueden lograrse a través de los derechos reales, pueden conseguirse por medio de relaciones jurídico obligatorias. Ello es especialmente claro en materia de servidumbres y lo es igualmente en lo que se refiere a los demás derechos de uso y disfrute. Piénsese que se puede otorgar a otro un derecho real de usufructo, pero que se puede pactar también una relación jurídico-obligatoria por virtud de la cual le deban ser atribuidos a una persona los frutos y los rendimientos que una cosa produzca. Ello significa, a nuestro juicio, que un negocio jurídico concreto deberá interpretarse como creador de un derecho real, cuando el intento empírico de las partes coincida con la función objetiva de un derecho real típico y que sólo se deberá excluir el carácter real del derecho constituido cuando así permita entenderlo a la voluntad de las partes. Por ejemplo: si se constituye un usufructo, deberemos entender que se trata de un típico derecho real de usufructo, a menos que otra sea la voluntad de las partes de configurar el usufructo como velación obligatoria. En cambio, si se trata de una figura atípica, parece que el criterio hermenéutico debe ser cabalmente el contrario. Por regla general, la figura atípica deberá considerarse como meramente obligacional y sólo si se dan los requisitos necesarios para ello podrá entenderse que constituye un derecho real.

3. *Examen de la cuestión y la luz de los preceptos legales y reglamentarios vigentes.*—En favor del sistema del *numerus apertus* se pueden esgrimir argumentos de mucho peso. En primer lugar, se ha dicho que la autonomía de la voluntad se encuentra recogida con el carácter de un principio general del derecho en el artículo 1.255 del Código civil

(21) CAMY, *op. y loc. cit.*, págs. 432 y ss.

y que no se ve razón alguna para entenderla excluida en el caso que nos ocupa. El precepto legal citado permite una amplia libertad contractual que hace posible que mediante contrato se creen figuras jurídicas diferentes de las que determinadamente se encuentran establecidas por la ley. El argumento, sin embargo, no es decisivo. Aun sin limitar la autonomía al campo estricto de los contratos y estimándola aplicable a todo el derecho patrimonial, la autonomía no es más que una autorregulación de intereses. Por consiguiente, permite que los interesados establezcan reglas o preceptos que doten de contenido a sus internas relaciones jurídicas. El artículo 1.255 está casi inmediatamente seguido por otro texto en virtud del cual los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. La atribución de contenido real a un pacto, cláusula o contrato significa precisamente todo lo contrario, esto es, hacer obligatoria respecto de terceros la regla o el estatuto contenido en el negocio. Desde este punto de vista, lo que ALBALADEJO llama la libérrima voluntad del propietario para constituir sobre sus bienes los derechos que le plazcan, significa la concesión al propietario de un poder de ordenación del régimen jurídico, de la disciplina o del estatuto de esos bienes quienesquiera que sean en el futuro sus poseedores o nuevos propietarios. Y, si no hay duda en punto a que ese propietario puede vincularse contractual y obligatoriamente con otra u otras personas su poder de fijación *erga omnes* del objetivo estatuto jurídico suscita mayores dudas. ¿Con qué alcance? ¿Con qué duración?

En segundo lugar, se señala también que nuestro Código civil concede una amplia autonomía a los particulares para modificar a su gusto el contenido o el régimen jurídico de los derechos reales típicos. Así, por ejemplo, el artículo 467 permite que el título de constitución de un usufructo confiera a este derecho un alcance distinto del establecido por la ley (p. ej., usufructo con facultad de disposición del dominio en favor del usufructuario); el artículo 523 ordena que las facultades dimanadas de un derecho real de uso o del derecho real de habitación se regulan por el título constitutivo; el artículo 594 permite que todo propietario de una finca establezca en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y que lo haga de modo y forma que mejor le parezca, siempre que no contravenga con ello normas de orden público, precepto que es aplicable tanto a las servidumbres llamadas prediales, que se constituyen en beneficio de otro inmueble perteneciente a distinto dueño, como a las servidumbres personales, que se establecen en provecho de una o más personas (cfr. art. 530 y 531), de manera que a través del artículo 594 puedan encauzarse todas las formas de parcial utilización de los fundos ajenos; y finalmente, el artículo 392 estatuye que el con-

trato es la fuente primera de la reglamentación de la comunidad de bienes y que la comunidad sólo se rige por las prescripciones del correspondiente título del Código civil (arts. 392-406) a falta de contratos. Cabe, pues, una amplísima libertad de los interesados para perfilar a su arbitrio todas las formas de condominio y de cotitularidad de derechos reales.

Frente a todo lo anterior, se puede, sin embargo, replicar y se replica que una cosa es la introducción de variantes o de modificaciones en el contenido o en el régimen jurídico de los derechos reales típicos y otra cosa distinta es la creación de derechos completamente atípicos. Para lo primero, la ley presta un marco, que ciertamente es lo suficiente amplio y flexible. Para lo segundo, en cambio, falta por completo el marco legal.

Se puede añadir también que una cosa es introducir variantes en un derecho real típico, que presupone ya una calificación, un ajuste del supuesto de hecho con el tipo y una valoración del ordenamiento sobre la conveniencia jurídico-política de la protección real y otra cosa distinta es la constitución de un derecho real atípico donde aquellas circunstancias faltan. Del hecho de que la ley otorgue poder a los particulares para modificar los tipos legales, no se puede seguir necesariamente la libertad de creación de figuras atípicas.

Como ninguno de los preceptos que hasta ahora hemos citado resulta decisivo, la doctrina suele acudir, para encontrar resuelta la cuestión en favor del *numerus apertus*, a los artículos 2.º, 2, de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento de dicha Ley. El artículo 2.º, 2, L. H. dice que en el Registro de la Propiedad se inscribirán los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera* reales». Más contundente es todavía el artículo 7.º R. H., según el cual conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la ley no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier pacto o contrato que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales. Parece claro que el artículo 2.º, 2, L. H., con la fórmula de «*otros cualesquiera derechos reales*» está impidiendo el carácter cerrado de este tipo de derechos y que, por su parte, el artículo 7.º R. H. distingue los derechos reales que se mencionan en la ley (derechos reales típicos), otros derechos de la misma naturaleza (derechos reales atípicos) y los pactos y contratos de trascendencia real que

carecen de nombre propio en derecho (negocios reales innominados).

Tras la dicción literal de los artículos 2.º L. H. y 7.º R. H., parece evidente que hay que admitir en nuestro Derecho positivo la doctrina del *numerus apertus*. Sin embargo, tal vez cupiera objetar que los preceptos hipotecarios que analizamos no tienen como finalidad propia decidir si el sistema legal de derechos reales es abierto o cerrado, sino declarar únicamente cuáles se inscriben en el Registro. Lo que en rigor dicen la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario es que se inscriben en el Registro los derechos reales, pero el señalar cuáles son éstos parece que es algo que no corresponde a la Ley del Registro, sino al Código civil, por donde la cuestión queda sin resolver.

4. *La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros.*— Suele decir nuestra doctrina que aunque no decididamente, la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros ha parecido en algún momento inclinarse en favor de la orientación del *numerus clausus*, por lo menos para introducir en la doctrina del *numerus apertus* algunas limitaciones y algunas cortapisas. Así, se ha dicho que la doctrina comprendida en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y con los efectos de un derecho real (Res. de 11 de abril de 1930); que a pesar de la notable influencia de la doctrina del *numerus apertus* en el Derecho inmobiliario, la ciencia jurídica moderna acoge con simpatía la orientación contraria, que encierra las innegables ventajas de facilitar la labor del Registrador en cuanto a la calificación, favorece los cálculos de los terceros adquirentes y evita la creación de derechos innominados y ambiguos y que nuestra propia jurisprudencia pone cortapisas a la autonomía de las partes para constituir un derecho real (Res. de 21 de diciembre de 1943); y que, aunque la legislación vigente no contiene una categoría agotadora de derechos reales y, por consiguiente, pueden los interesados regular otros de igual naturaleza que los enumerados por la ley y modificar éstos, la manifestación de voluntad que determina tales derechos reales inscribibles ha de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos.

El estudio de una jurisprudencia, sin embargo, como en tantas otras ocasiones, no debe limitarse en el puro recordatorio o a la simple cita de las máximas de carácter abstracto y general, sentadas por el órgano jurisdiccional. Para tratar de comprender las cuestiones que están implicadas en el tema que estamos tratando de analizar, habrá que intentar aclarar cuáles han sido los supuestos conflictivos, ensayar una clasificación de las hipótesis donde el problema de la naturaleza real o no real de un derecho pudieran plantearse, y tratar, finalmente, de averiguar

cuáles son los especiales «requisitos de fondo y forma» que exige la especial naturaleza de los derechos reales.

1.º En la Resolución de 11 de abril de 1930 (22) se examinaba una escritura por virtud de la cual permitía el propietario la ocupación de unos terrenos como elemento auxiliar de explotación de unas minas enclavadas dentro del perímetro de tales terrenos, minas que llevaba en arriendo el otro contratante. Por virtud del contrato, se facultaba al arrendatario de las minas no sólo para ocupar los terrenos, sino también para llevar a cabo en ellos labores de rozas y aperturas de pozos, así como para establecer medios de comunicación y transporte y construir edificaciones.

Presentada la escritura para su inscripción en el Registro, se denegó la inscripción por no aparecer determinadas cuáles eran las minas beneficiarias del pacto, ni cuál la extensión de los terrenos que podían ser ocupados. La Dirección General de Registros estableció la máxima que más arriba transcribimos, pero no lo hizo sin una cierta perplejidad. En algún momento parece admitir que por virtud de la escritura se podía entender constituida una servidumbre, si bien señala que esta servidumbre tendría que ser predial, en favor de las minas, y no personal, en favor del arrendatario de ellas. La razón final por la que se acuerda la no inscripción es que «la voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad ni justificar la creación de tipos contradictorios de servidumbres».

2.º En la Resolución de 23 de noviembre de 1934 (23), se trataba de una escritura de compraventa, en la que se había estipulado la obligación de los compradores de destinar el sótano y la planta baja de un edificio a usos industriales y, además, la obligación de que el 80 por 100 de los operarios o empleados en los trabajos fueran naturales del pueblo. Se denegó también la inscripción del pacto y la Dirección General de Registros, tras destacar que la inscripción ofrecía graves dificultades por el carácter excepcional de la obligación impuesta a los propietarios sirvientes, señaló que en la escritura se creaba «una figura especial de dudoso carácter real, porque no parecen concurrir en ella las características privativas de los derechos reales» y que «la restricción establecida al ejercicio de las facultades dominicales de los adquirentes» permitiría con dificultad situar la figura de que se trata entre los derechos reales limitativos del dominio y acaso entre las servidumbres personales a que

(22) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral*, vol. VII, Barcelona, 1953, pág. 44.

(23) *Ibíd.*, pág. 578.

se refiere el Código civil y si ello no constituiría obstáculo para lograr la inscripción en el Registro en sistemas más progresivos como el alemán, ofrecería graves dificultades en el nuestro por el carácter excepcional de la obligación de hacer impuesta a los propietarios sirvientes, la indeterminación de los titulares, el objeto de la convención, y el momento en que se pactaron las referidas estipulaciones.

3.º En la Resolución de 13 de mayo de 1936 (24), el objeto de examen era una escritura en la que se había pactado que durante un plazo indefinido de tiempo, a voluntad del acreedor, la deudora tendría que transmitirle a aquél en pago de su deuda unas concretas fincas. Se decidió que no había pacto o derecho real y que, por tanto, no era inscribible la escritura. En este caso, la Dirección General de Registros dijo que «los derechos reales conceden una relación inmediata con las cosas, con protección *erga omnes*, sin necesidad de intermediarios, y están sometidos en algunas legislaciones al régimen de *numerus clausus*, criterio contradicho por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario (se refiere, naturalmente, al Reglamento vigente en aquella época), si bien tiene reiterada la jurisprudencia de este Centro directivo que ello no puede autorizar la constitución de cualquier relación jurídico inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad pueda configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble.

4.º Resolución de 1.º de marzo de 1939 (25). Se trataba de la compra por una sociedad anónima de una finca a cambio de una renta vitalicia a favor del vendedor, que quedaba asegurada con la propia finca. El Registrador denegó la inscripción por entender que se constituía una carga real, que no se determinaba, ni se desenvolvía, con arreglo a la legislación hipotecaria. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, entendiendo que se constituía un derecho real que merecía amparo a tenor de los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria. La Dirección General—en aquellas fechas llamada Servicio Nacional—se mostró partidaria del criterio del Registrador, diciendo que, aunque la legislación vigente no contiene categoría agotadora de derechos reales, pudiendo los interesados regular otros de igual naturaleza que los enumerados por la ley y modificar desde luego o en lo futuro algunas facultades del dominio, la manifestación de voluntad que determina tales derechos reales inscribibles ha de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos, las características externas y aparentes que los hacen trascender a los terceros extraños al

(24) *Ibid.*, pág. 812.

(25) *Ibid.*, pág. 970.

negocio y siempre las que son necesarias para reflejar tales derechos en el Registro.

5.º Resolución de 25 de febrero de 1943 (26). Se examinaba la renuncia de un fiduciario a sus derechos sobre los bienes sometidos a una sustitución fideicomisaria, condicional establecida en favor de los hijos que el fiduciario tuviera a su fallecimiento y se trataba de decidir si dicha renuncia consolidaba o no los derechos de los fideicomisarios, inscribiendo a favor de éstos la plena titularidad de los bienes como si la renuncia se equiparara al fallecimiento.

En esta Resolución, en el tema que a nosotros nos interesa ahora, la Dirección General de Registros se limitó a decir que «sin necesidad de entrar en la discusión sobre la conveniencia de que las titularidades amparadas por el Registro de la Propiedad reúnan ciertos requisitos y aparezcan bien determinadas en sus contornos, para impedir que la sola voluntad de los interesados pueda autorizar la constitución arbitraria de cualquier relación jurídico-inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real», es lo cierto que la doctrina admite diferentes grupos de éstos y entre ellos el derecho real que corresponde al fiduciario.

6.º Resolución de 21 de diciembre de 1943 (27). De nuevo se trataba de una renta vitalicia considerada por las partes como carga real del inmueble transmitido a cambio de dicha renta. En esta ocasión, manteniendo un criterio similar al de ocasiones anteriores, la Dirección General de Registros dijo que el contrato de renta vitalicia no tiene en nuestra legislación carácter real; que la analogía con los censos es más aparente que real (pues en los censos existen el derecho de abandono, la perpetuidad, la redimibilidad, etc.); y que la única figura de renta vitalicia como carga real es el llamado censo vitalicio, no recogido en el Código civil. Como doctrina general establece la Dirección General de Registros en esta fecha lo siguiente: «la doctrina del *numerus apertus* tampoco es de aplicación, porque a pesar de su indudable influencia en el derecho inmobiliario, la ciencia jurídica moderna acoge con simpatía la orientación contraria, que encierra las innegables ventajas de facilitar la labor del Registrador en cuanto a su deber de calificación, favorece los cálculos de los terceros adquirentes y evita la creación de derechos innominados y ambiguos».

7.º Resolución de 4 de mayo de 1944 (28). Se trataba de una escritura compleja, que los interesados habían llamado de compromiso y que se discutía si era un precontrato o una promesa. En ella, dos

(26) *Op. cit.*, VIII, pág. 252.

(27) *Ibid.*, pág. 490.

(28) *Ibid.*, pág. 468.

sociedades anónimas preveían la constitución de una futura sociedad y consignaban determinados beneficios en favor de uno de los administradores de una de ellas. Entre estos beneficios se citaba el «usufructo de un vertedero», para que el beneficiario disfrutara sus rentas, frutos y productos, sin tener otra obligación que ceder los terrenos a medida que se fueran necesitando para una construcción que se proyectaba.

Denegó el Registrador la inscripción del llamado «usufructo del vertedero» y la Dirección General confirmó el criterio señalando que para inscribirlo como derecho real hubiera sido necesario fijar sus condiciones, extensión y demás notas características.

8.º En la Resolución de 27 de marzo de 1947 (29) se trataba de un derecho de adquisición de un inmueble, establecido con carácter condicional. Se había vendido una finca urbana dedicada a almacén, calle de Maestranza, 30, y en la escritura de venta se había estipulado que si el vendedor vendía en el futuro otra finca colindante con la anterior y el comprador le exigía comprar también la que en aquel momento se vendía, el comprador actual vendría obligado a volverle a transmitir la finca que compraba con un aumento del precio de venta fijado. Para el caso de que doña María Rolandi, o sus herederos, tuviesen que vender la casa número 1 de la calle de Mariano Sainz y el comprador o compradores les exigiesen la adquisición de la casa-almacén que se transmite en esta escritura al señor Bonmate, viene obligado dicho señor, o en su caso sus herederos, a ceder a la señora Rolandi o a los suyos la expresada casa-almacén con un aumento del precio de venta que no excediese del 16 por 100.

Se había inscrito el pacto en el Registro y se ordenó su cancelación. Se descarta la posible analogía que pudiera guardar la relación jurídica analizada con el retracto convencional y, tras interpretarse el contrato, se llega a la conclusión de que las partes se «limitaron a establecer un pacto que sólo a las mismas y a sus herederos afectaba», por lo que «los posteriores adquirentes del inmueble debían verse libres de sus trabas y restricciones y desligados en absoluto de sus consecuencias». Tampoco existía un derecho de opción, que, aun cuando no se hallaba entonces regulado en nuestro régimen hipotecario (como inmediatamente después hace el art. 14), podía ser admitido al amparo de la doctrina del *numerus apertus*. Al concluir su exposición la D. G. R. dice que este tipo de modalidades sólo debe tener pleno acceso al Registro cuando revistan trascendencia real y, que, «aunque no es posible desconocer las dificultades que entraña en un sistema contrario al *numerus clausus* de los derechos reales, el criterio de selección para sepa-

(29) *Ibid.*, vol. VIII, pág. 761.

rar lo relativo al derecho obligacional de lo que pertenece al derecho de cosas, es indudable que la nueva L. H. reafirma el tradicional criterio de exclusión del ámbito registral de los derechos personales»; y que «la legislación y la jurisprudencia modernas son cada vez más opuestas a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder el alcance real a pactos que no pueden desenvolverse sino en el campo propio del derecho de obligaciones, ni provocar otros efectos civiles que los contractuales entre los interesados.

9.º En la Resolución de 27 de octubre de 1947 (30) se establecieron en beneficio de una finca servidumbres de paso, luces y vistas y se concedieron ciertos derechos a la titular del predio dominante, conforme a los pactos de la escritura, de los cuales resultaron luego discutidos dos de ellos, por los que se le facultaba para abrir en la pared que separaba la parcela de un pasaje o corredor toda clase de huecos, ventanas y balcones y toda clase de servidumbres de luces y vistas de las dimensiones que estimara procedentes y, además, para cubrir el pasaje o pasillo (de propiedad ajena) desde la altura del primer piso en una longitud de 18 metros y edificar sobre esta cubierta uno o más pisos que se reconocían como de la exclusiva propiedad de la beneficiada.

El Registrador denegó la inscripción de ambos pactos, el primero, relativo a los huecos y ventanas por falta de determinación, y el segundo, relativo a la cobertura del pasaje y edificación sobre él, por no determinarse la naturaleza, extensión y condiciones del derecho.

La Dirección General confirmó el segundo de los defectos apuntados y desestimó el primero. Admitió que la autorización concedida en la escritura para cubrir una parte del pasaje y edificar sobre la cubierta constituía un derecho con analogía respecto al derecho de superficie, pero que el silencio de las partes acerca del alcance y de los efectos del derecho constituido no podía suplirse, por faltar un régimen legal específico en nuestro ordenamiento jurídico; y que tampoco debía calificarlo como servidumbre, inscribible a merced de la doctrina del *numerus apertus*, porque ello implicaría olvido de la orientación adoptada por la jurisprudencia del Centro directivo, según la cual, no cabe en nuestro sistema hipotecario constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real ni justifica la creación de tipos contradictorios de servidumbres ni puede amparar oscuridades u omisiones como las que existían en la escritura de referencia.

10.º En la Resolución de 7 de julio de 1949 (31) se trataba de

(30) *Ibíd.*, pág. 789.

(31) *Ibíd.*, pág. 864.

una escritura de venta de una finca en la que era condición del contrato que el edificio o edificios que se construyeran en la finca vendida habían de estar destinados a seminario diocesano o a una institución docente de carácter similar, a no ser que algún caso de expropiación forzosa dejase alguna parte de la finca inservible para la obra de conjunto. La escritura se había inscrito con ese pacto y años más tarde el Obispo de la diócesis pretendía la cancelación, lo que denegó el Registrador con base en que, si bien la cláusula no tenía carácter de derecho real, ni de condición resolutoria del contrato de compraventa, no podía considerarse como mención de un derecho personal, que pudiera cancelarse al amparo del artículo 98. El Presidente de la Audiencia declaró cancelable la cláusula o condición y la Dirección confirmó este criterio.

Dice la Dirección en esta Resolución que «los requisitos señalados por la doctrina como típicos de los derechos reales en ocasiones no se presentan en la realidad con toda su pureza e integridad, y tampoco faltan casos en que es forzoso reconocer la existencia de figuras intermedias de dudosa naturaleza real, que revisten los caracteres de los derechos de crédito», «dudas que se aumentan—añade—porque nuestro Código civil ni enumera decididamente qué derechos son reales, ni puede deducirse de su articulado firme orientación en tal sentido y porque el vigente sistema hipotecario es de *numerus apertus*». Se ofrecen graves dificultades a Notarios y Registradores para determinar si las relaciones jurídicas configuradas por los partícipes en los documentos inscribibles tienen carácter real u obligatorio.

11.º En la Resolución de 31 de mayo de 1951 (32) se estudiaba una escritura de renta vitalicia en la que se transmitía el pleno dominio de un inmueble a cambio de una renta y se estipulaba una cláusula por virtud de la cual, en caso de incumplimiento de la obligación del pago de la renta, revertiría a la constituyente la nuda propiedad de dicha finca. Se declaró no inscribible por ser contradictoria con el carácter aleatorio y el régimen legal del contrato, especialmente del artículo 1.805 del Código civil que no consiente que el perceptor de la venta vuelva a entrar en posesión del predio cuyo dominio transmitió, porque se trataba de una «figura innominada de derecho real de contornos borrosos, desprovisto en absoluto de carácter compensatorio por lo infructífero de la nuda propiedad transmitida, cuyos efectos excederían de la obligación que se pretendía asegurar», concluyendo la Dirección que «aun con el sistema de *numerus apertus*, que inspira nuestra legislación, no se reputa admisible por ser contraria a la equidad y rayar con la

(32) *Op. cit.*, vol. IX, Barcelona, 1967.

prohibición del artículo 1.116 del Código civil, para las condiciones en general, toda vez que su naturaleza comisorio no se aviene con los contratos unilaterales.

12.º Resolución de 19 de mayo de 1952 (33). En una escritura de venta de una finca, los vendedores decían que su hija, que ocupaba la finca como precarista, había contribuido con sus padres a construir una casa en ella, con sus cuadras, alpende, pozo y lavadero. La venta era total sin excepción ni reserva, estipulándose que no se consideraban incluidos en la venta los derechos o indemnizaciones que pudieran corresponder a la hija en razón de las obras y las cantidades que por tales conceptos hubiera de recibir, que le serían satisfechos por el comprador.

El Registrador suspendió la inscripción por no constar el consentimiento de la hija a quien se le concedían derechos, pero la Dirección General revocó aquel criterio. Dice la Dirección General que fue una de las esenciales aspiraciones de la última reforma hipotecaria discriminar mediante la calificación registral los derechos reales y figuras afines con tal carácter, de aquellos otros pactos o estipulaciones de naturaleza obligacional cuyos efectos se limitan a las relaciones interpartes y que el Registro no debe amparar los derechos de quienes descuidaron su protección, así como que no es aceptable el criterio fundado, para denegar la inscripción, en posibles daños o lesiones de un derecho de crédito nacido de la edificación o la preocupación de evitar posibles enriquecimientos injustos.

13.º Resolución de 29 de marzo de 1955 (34). En virtud de una transacción, el Duque de Alba adjudicó en pago de un crédito a un señor de Lema unas determinadas fincas. Ya propietario, este señor, para satisfacer otros créditos del mismo deudor y en virtud de la transacción, reconoció a otros tres acreedores unas participaciones, que se cifraban en sus porcentajes, «en el líquido de las rentas y de las ventas de dichos cortijos». Estas participaciones y sus titulares se mencionaron en las inscripciones registrales y se fueron transmitiendo a diferentes personas.

Al señor de Lema le heredaron el Ayuntamiento de Madrid y la Diputación Provincial de La Coruña, quienes vendieron los cortijos al Instituto de Colonización, que retenía una parte del precio hasta que se cancelaran las cargas. Pidió esta cancelación la Diputación Provincial de La Coruña alegando que eran derechos personales y el Registrador

(33) *Ibíd.*, pág. 125.

(34) *Ibíd.*, pág. 328.

lo denegó entendiendo que no eran menciones sino inscripciones y que se trataba de propios derechos reales.

La Dirección General revocó el criterio y acordó la cancelación, diciendo que «para decidir la dificultad que ofrezca la determinación concreta del alcance real o personal de un derecho subjetivo debe atenderse a los elementos y características constitutivas del mismo» y que en este caso cualquiera que fuera la semejanza con la figura del censo consignativo, ello no tenía virtualidad para poder modificar la verdadera naturaleza del derecho personal, ni debía tampoco servir para eludir la pertinente aplicación del artículo 98 L. H. al amparo de la libertad y del sistema de *numerus apertus* de nuestra Ley Hipotecaria.

14.º En la Resolución de 1 de agosto de 1959 (35) se trataba de una escritura pública en la cual la propietaria de una finca hacía constar que la existencia de una barandilla colocada alrededor de la azotea del inmueble, en el linde con la finca contigua, no constituiría en ningún caso servidumbre de vistas, ni impediría al dueño o dueños, sea quienes fueran, en cualquier momento que lo tengan por conveniente, levantar a lo largo de dicha linde, pared o muro que impidiera la vista que hoy permitía dicha barandilla. La escritura no se inscribió en el Registro por denegar el Registrador la inscripción e interpuesto el recurso la Dirección General confirmó el criterio del Registrador. Dice la Dirección General en esta Resolución que el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria declara inscribibles en el Registro los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen, o extingan derechos reales, «inspirándose en el criterio del *numerus apertus*, desarrollado por el artículo 7 del Reglamento, aunque circunscrito a los «pactos con trascendencia real», añadiendo más adelante que la escritura sometida a análisis y a debate «no configura un derecho que reúna los requisitos y caracteres de los derechos reales sobre cosas inmuebles», sino que más bien contenía una declaración unilateral obligatoria, sin trascendencia real, que para ser inscrita al amparo del criterio de amplitud admitido por el artículo 7.º R. H. tropieza con la reiterada doctrina de la jurisprudencia de este centro directivo, que no autoriza a constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real.

15.º Por último, es digna de citar la Resolución de 20 de septiembre de 1966, recaída sobre la constitución condicional de un derecho de tanteo.

Dice así esta resolución:

(35) *Op. cit.*, vol. IX, pág. 728.

«Si bien el Registro no puede recoger los derechos de naturaleza personal, por lo que es ardua la labor calificadora para indagar si el derecho es personal o real en distintos supuestos, y aunque nuestra legislación hipotecaria se basa en el sistema de *numerus apertus*, ha habido necesidad de restringir la libertad de estipulación para que no pueda atribuirse naturaleza real a toda condición que no reúna los requisitos típicos de estos derechos.»

Ello sin embargo, la resolución aludida señala que en el caso examinado habría de admitirse como de naturaleza real un derecho de tanteo similar al regulado por varias normas legales, aunque en el pacto constitutivo se amplíe el campo de actuación del mismo extendiéndolo a las transmisiones gratuitas y a las permutas, dado que en el caso examinado han sido superados los posibles obstáculos para ello, pues se concede al titular una facultad *erga omnes* y no simple derecho de crédito, el precio no se fija de antemano, sino que se deja al criterio de un tercero que se designa, se estipula un plazo preciso y breve para el ejercicio de tal derecho, se limita éste a la primera transmisión y aun ello dentro de los límites establecidos por el artículo 781 del Código civil y, por último, con tal derecho se facilita el cese de una situación de indivisión, de manera que debe concluirse que existe un interés legítimo para crearlo.

El examen de la jurisprudencia registral, que hemos llevado a cabo en las páginas anteriores, parece detectar que, como más arriba dijimos, el problema no estriba tanto en decidir si el número de derechos reales en nuestro Derecho positivo es abierto o cerrado, cuanto en buscar los auténticos límites de la voluntad y de la libertad individual al respecto. La voluntad individual puede efectivamente crear nuevos tipos de derechos reales, pero ha de hacerlo sujetándose a unos cauces y dentro de unos determinados límites. La cuestión consiste en averiguar cuáles son estos límites. Desde esta perspectiva, una relectura de las resoluciones permite entresacar de ellas las siguientes máximas: *a)* La voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles; *b)* hay que respetar los preceptos que impiden la amortización de la propiedad; *c)* la manifestación o declaración de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros; *d)* las orientaciones limitativas encierran innegables ventajas porque facilitan la labor de los Registradores, favorecen los cálculos de los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos;

e) para constituir un derecho real es menester que se dé en ello un interés serio y legítimo.

Esta entresaca es muy somera, pero de ella se pueden extraer, por el momento, algunas conclusiones. En primer lugar, que no basta la sola voluntad y que la voluntad ha de llenar unos requisitos. En segundo lugar, que dentro de esos requisitos, hay algunos que son de objetiva determinación, puesto que se deben señalar todas las características externas que los derechos reales deben llenar. En otro sentido, que así como la voluntad en materia de obligaciones está sometida a un control social por la vía de la exigencia de unos presupuestos causales, también lo está la voluntad creadora de derechos reales, que debe fundarse en un interés serio y legítimo y debe tratar de cumplir una función económica social, para la cual el derecho real sea necesario.

Por último, se observará también que entran en el juego razonamientos y argumentaciones que son de política general, de política jurídica, y de política económica. La tesis del *numerus clausus* parece fundada en el principio de libertad fundiaria y de libertad del comercio de la tierra, que trata de impedir la amortización de la propiedad, de evitar la multiplicación de cargas y gravámenes y de facilitar el comercio de las propiedades y los cálculos de los adquirentes, esto es, un interés social general, frente a los intereses concretos en que puede fundarse la constitución del derecho real, todo ello naturalmente, dando por supuesto que la libertad de comercio constituye un *desideratum*.

5.—*Los normales campos de incidencia del problema de los derechos reales atípicos y de la creación de situaciones jurídicas con efectos o trascendencia real.*—El examen que hemos hecho en las páginas anteriores nos permite situar, creemos que más certeramente, el problema de la posible creación de derechos reales atípicos o cuestión tradicional del *numerus clausus* o *numerus apertus* de derechos reales. Contra lo que creen algunos autores modernos, y señaladamente ALBALADEJO, no es una mera cuestión académica desprovista de sentido, sino que es una cuestión que posee evidentes reflejos de orden público. Lo que ocurre es que seguramente lo que hay que hacer es colocar su planteamiento en sus verdaderas perspectivas. No se trata tanto de discutir la mayor autonomía de la voluntad individual, cuanto de decidir si el negocio o precepto de autonomía privada exigida por éste posee o no trascendencia real. La consecuencia práctica inmediata de ello es la decisión en orden a la inscribibilidad de los pactos o cláusulas en el Registro de la Propiedad, cuando afectan a bienes inmuebles, pues el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario ordena la inscripción de los actos y contratos de trascendencia real, mientras que el artículo 9.º declara que no son ins-

cribibles «la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general, cualesquiera otras obligaciones o derechos personales». Una cuestión subsidiaria de la anterior será la de la cancelación registral, cuando por una u otra razón tales derechos aparezcan inscritos en el Registro o hayan tenido acceso a él.

El repaso que en las páginas anteriores hemos hecho de la jurisprudencia registral permite sostener que los puntos de tensión más importantes—sin perjuicio de que puedan existir algunos otros—, son los siguientes:

1.º Los pactos o cláusulas en que limitan o modifican facultades que *prima facie* parecen inherentes al derecho del dominio. Pueden ser prohibiciones de enajenar o limitaciones de las facultades dispositivas, limitaciones en orden a la facultad de fijación del destino económico de las cosas o limitaciones en las facultades de explotación o de aprovechamiento.

El problema que plantean todos estos pactos o cláusulas es que pueden ser concebidos como un gravamen de la propiedad, que produce en ella privaciones o compresiones de su normal contenido y que, por consiguiente, provoca el que el gravamen tenga que ser soportado por los terceros adquirentes, en cuanto que a ellos pasa la propiedad ya amputada o recortada. Y que pueden entenderse también como puras obligaciones que comportan únicamente una prestación, positiva o negativa, del propietario en orden al futuro ejercicio de su derecho de propiedad, que, en cuanto tal derecho, no queda disminuido.

2.º Formas de parcial utilización de bienes ajenos. Por ejemplo: utilización parcial del terreno para servicio de una mina, extracción de una parte del caudal de unas aguas, etc.

Este tipo de convenciones pueden dar origen a una servidumbre, predial o personal, o pueden permanecer en la categoría de las simples obligaciones.

3.º Formas especiales de derechos de adquisición, distintas de aquellas que poseen en nuestro ordenamiento su carácter típico, como pueden ser los derechos de retracto de origen legal, el retracto de derecho convencional y el derecho de opción de compra. Por ejemplo, compromiso de adjudicar en pago en lo futuro un inmueble a requerimiento del acreedor; compromiso convencional de que el comprador restituirá al vendedor el terreno comprado, si este último lo necesita; atribución testamentaria, a determinados parientes del testador, de un derecho de

adquirir los bienes hereditarios si el heredero o legatario decidiera venderlos.

También en estos casos la cuestión consiste en que estos pactos o cláusulas pueden dar origen a una doble construcción teórica como es la que les concede efectos interpartes, sometiendo el derecho a reclamar la venta a las reglas de las obligaciones y contratos y la que las concibe como un estado jurídico con trascendencia real o gravamen, que se impone tanto a las partes estipulantes como a los terceros adquirentes y subadquirentes del bien.

6.—*Los límites del poder de creación individual en materia de derechos reales: voluntad, determinación, forma, publicidad y causa.*—Que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del *numerus apertus*, es algo que no se puede dudar. Hasta que el derecho de superficie fuera recogido en el Reglamento Hipotecario y en la Ley del Suelo constituía un derecho real atípico y, sin embargo, podía ser establecido con efectos reales.

La cuestión no radica, por consiguiente, en decidir si existe o no existe autonomía de la voluntad para establecer derechos reales atípicos o para modificar los típicos, sino—como hemos dicho ya varias veces—en saber bajo qué límites y en qué condiciones aquella autonomía de la voluntad puede eficazmente desplegarse. El problema ha sido entrevisto en la doctrina y en la jurisprudencia, pero por regla general aparece tanto en una como en otra poco desarrollado. Para ALBALADEJO «la libertad de establecer derechos reales no se trata de que carezca de todo límite, sino que sólo tenga los que sean necesarios, pero no que su limitación consista en suprimirla» (36), afirmación exacta que, sin embargo, no se desarrolla después, porque no se nos aclara cuáles son estos límites que se estiman necesarios.

Ha tratado de profundizar en el tema, aunque tal vez sin llegar demasiado lejos SANTOS BRIZ (37). Para este autor, el artículo 7.º R. H. señala como límite de la libertad constitutiva de derechos reales que el derecho en cuestión afecte a las facultades del dominio o a las inherentes a otros derechos reales limitados. Otra limitación—añade este autor—implícita en el ordenamiento, y que la doctrina obtiene de las limitaciones establecidas para la creación de derechos de obligación, es que el presunto derecho real innominado no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 del Código civil), ni contrario al principio de buena fe (arg. art. 1.258).

(36) *Op. cit.*, págs. 26 y ss.

(37) SANTOS BRIZ, *Derecho de Cosas*, Madrid, 1973.

En la jurisprudencia registral hemos visto también asomar algunas de estas ideas limitativas, cuando se negaba el efecto real o la trascendencia real y la inscribibilidad en el Registro a determinadas figuras porque no existía en ellas determinación del objeto, porque se faltaba a la ley, porque no había interés serio y legítimo o por otras razones igualmente limitativas.

Todo ello nos lleva a pensar que el problema hay que plantearlo en diferentes niveles.

a) *La voluntad individual y sus límites genéricos.*—Tiene razón SANTOS BRIZ cuando dice que hay, respecto de los presuntos derechos reales innominados, una limitación genérica, como es la que se establece en el artículo 1.255 para todo el fenómeno de la autonomía privada. Es claro que los pactos, las cláusulas y las condiciones de los negocios jurídicos, sean éstos creadores de puras obligaciones o creadores de derechos reales, no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

La contradicción con las leyes provocaría evidentemente un negocio ilegal o ilícito, carente de efectos jurídicos, que, por consiguiente, por su propia invalidez quedaría fuera de cuestión. Mayor importancia teórica tiene saber si la moral y el orden público, como límites genéricos de la autonomía privada, pueden encontrar algún reflejo en materia de creación de derechos reales.

Para SANTOS BRIZ el límite moral y el orden público significan que el derecho real innominado que se cree, no ha de deberse al mero capricho, ni ser una artificiosa construcción, sino que ha de venir provocado para satisfacer evidentes necesidades jurídicas y económico-sociales o impuesto por el desarrollo en determinados sectores de la economía o por disposiciones legislativas vigentes aunque no sea en ellas expresamente declarado como tal.

En la jurisprudencia registral se han utilizado a veces criterios de política económica, amparables bajo la generalidad del concepto de orden público, entendido éste como orden público económico, para denegar efectos reales a determinadas disposiciones negociales. Así, la idea de la libertad de la propiedad o la idea de impedir su amortización. Así, en la Resolución de 4 de enero de 1927 contra la admisión como derecho real de un determinado tipo de derecho de adquisición preferente se dijo que había clarísimas razones como eran: los vínculos que ello impondría a la propiedad, frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas; y el que el precio de venta no se fijaba en el mercado libre como en el tanteo, sino de una vez para siempre.

b) *La voluntad negocial: voluntad negocial expresa y voluntad negocial no manifestada como problemas de interpretación.*—Cuando se plantea el problema del *numerus clausus* o del *numerus apertus* de derechos reales y la posibilidad de creación de derechos reales atípicos, la cuestión se mira casi siempre como un problema de pura voluntad. Así, ALBALADEJO habla del «sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes el derecho que apetezca». Aunque admitiéramos que es así, y sobre ello volveremos más adelante, el tema de la voluntad presenta más complejidad y más matices. Ya a primera vista cabe separar dos hipótesis, como son aquella en que la voluntad negocial se ha manifestado expresamente como voluntad de constituir un derecho real o un derecho con efectos reales (v. gr., se constituye un derecho de preferente adquisición y expresamente se manifiesta que se quiere que tenga efectos reales), y aquella otra hipótesis en que las partes se han limitado a manifestar sus aspiraciones y a darles cauce, sin puntualizar si los efectos que quieren o que buscan, han de ser o no reales.

Dejando por el momento de lado la primera hipótesis, convendrá pensar en la segunda, mucho más frecuente en la práctica, que es una cuestión de interpretación o, si se prefiere, de interpretación integradora. En este orden de cosas, parece que la tradición de nuestra jurisprudencia registral está por lo menos en favor de la idea de que la interpretación ha de ser restrictiva en orden a los efectos reales y favorecedora de los efectos puramente personales y obligatorios. Ello significa, dicho de una manera rápida y escueta, que en la duda hay que inclinarse por el carácter puramente obligacional del derecho negocialmente creado.

c) *La necesidad de plena determinación objetiva del derecho real o principio de especialidad.*—La perfecta constitución de un derecho real pleno exige muy específicas condiciones de determinación, que han de referirse al objeto sobre el que el derecho recae y que han de referirse también a aquellos elementos de su contenido, necesarios para el pleno desarrollo o desenvolvimiento del derecho como derecho real. Es evidente que si no hubiera en absoluto determinación, el negocio carecería incluso de las condiciones necesarias para poder crear una relación obligatoria (cfr. art. 1.273 del Código civil). Sin embargo, entre la determinación que se exige para la existencia y eficacia de un contrato y la más perfilada determinación que exige el derecho real, existe alguna distancia. Puede, por ello, ocurrir que el negocio jurídico cumpla las exigencias de determinación propias de un negocio con efectos obligatorios, pero que no cumpla, en cambio, aquellas precisas circunstancias que son necesarias para que se dé la especialidad de los derechos reales.

En particular, por lo que se refiere a las situaciones jurídico-reales, para su inscripción en el Registro de la Propiedad es claro que han de llenarse las condiciones de determinación que imponen los artículos 9.º L. H. y 51 R. H. La jurisprudencia registral, al enfrentarse con la calificación de determinadas hipótesis como derechos reales o como derechos personales, ha hecho con frecuencia hincapié sobre este requisito. El carácter de derecho real o, más exactamente, la inscribibilidad, se han negado en ocasiones por falta de determinación del inmueble o de los requisitos necesarios para la efectividad del derecho o por las dificultades que el desenvolvimiento judicial o extrajudicial del derecho presentaría a causa de los factores de indeterminación.

d) *Los requisitos de forma y de publicidad.*—La plena efectividad o el pleno advenimiento a la existencia de un derecho real exige unas también muy especiales condiciones de forma y de publicidad. Según el artículo 1.280, 1.º del Código civil deben constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. Es cierto, como sabemos, que la falta de la escritura pública no puede servir para negar existencia y la realidad de un contrato. El contrato existe siempre que concurren los requisitos necesarios para su validez. Cualquiera que sea la forma en que el contrato se haya celebrado, las partes disponen de una acción para obligarse recíprocamente al otorgamiento de la escritura. Como dice el artículo 1.279, «para compelerse recíprocamente a llenar aquella forma». Sin embargo, parece bastante claro que un contrato o negocio jurídico que no se haya documentado mediante escritura pública sólo produce efectos entre las partes o efectos de carácter simplemente obligatorio, en el orden de los derechos reales inmobiliarios.

La situación es parecida por lo que se refiere a las condiciones de publicidad, que son presupuesto de la oponibilidad del negocio respecto de terceros. En materia de derechos reales inmobiliarios puede decirse que un negocio constitutivo de un derecho real, al que no se le haya dotado de la necesaria publicidad, y en particular de la inscripción en el Registro, en relación con los terceros de buena fe, no alcanza plena efectividad y, por consiguiente, en alguna medida no llega a ser un auténtico derecho real. Por lo que se refiere a los bienes muebles, la publicidad formal se encuentra sustituida por la publicidad posesoria. Sólo cuando el adquirente ha sido investido con la posesión de la cosa mueble, alcanza su derecho sobre la cosa un pleno efecto real que sea oponible en relación con los terceros.

Todo lo anterior, que es evidente, quiere decir, que, si bien la auto-

nomía privada es capaz para crear derechos reales atípicos, no basta para ello la simple voluntad, la mera libertad o la pura apetencia, sino que es menester que sobre ellas se sobrepongan otros factores que cabría calificar de control social, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad.

e) *La causa del negocio en relación con la constitución de los derechos reales.*—Todos los negocios jurídicos y en particular los contratos, requieren una causa. No es la mera voluntad la fuente de relaciones jurídicas en materia patrimonial. Es menester que la voluntad se una o entre en conexión con una causa que sea suficiente para ello de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Con alguna razón se ha dicho que así como la voluntad negocial es el medio de expresión del control individual, la causa se sitúa en el plano del control social de los negocios.

¿Cuándo existe causa y cuándo se cumplen los requisitos causales en materia de creación de derechos reales? Se podría decir que el contrato o el negocio jurídico creador del derecho real tiene ya en sí mismo su causa y que esta causa no tiene por qué ser distinta en el orden de la producción de efectos obligatorios que en relación con los efectos jurídicos reales. Desde el punto de vista del artículo 1.274 del Código civil, la gratuidad o la onerosidad son lo mismo como causas del contrato que como causas de la constitución de los derechos reales derivados o producidos por el contrato. Si el propietario constituye un usufructo, su mera liberalidad» (cfr. art. 1.274) es causa del derecho real de usufructo. Del mismo modo, el recibo o la promesa de una contraprestación puede ser causa suficiente para constituir pongamos por ejemplo un derecho real de superficie.

Sin embargo, tal vez la observación anterior no sea enteramente suficiente. Porque en materia de causa, junto a la razón económica que se juzga suficiente para considerar obligados a los contratantes, se encuentra también latente la idea de la función económica o económico-social del tipo de negocio o del tipo de derecho que de tal negocio dimana. Esta función económico-social se encuentra por sí sola reconocida cuando el tipo negocial o el derecho se halla ya regulado o admitido por el ordenamiento jurídico (v. gr., constitución de un usufructo). En cambio, en materia de atipicidad es necesario un enjuiciamiento del negocio para decidir si éste cumple o no una función económico-social que se considere digna y merecedora de la tutela jurídica. En materia de relaciones obligatorias, este enjuiciamiento se reconduce al tema de la legalidad, moralidad y conformidad con el orden público de las obligaciones, así como al juego del intercambio o de la cooperación. En materia de relaciones jurídico-reales es necesario algo más. El negocio puede tener su

causa, como causa suficiente de obligaciones (cfr. art. 1.261, 3.º) y no tenerla en cambio como causa suficiente de la producción de efectos jurídico-real. Cuando se le reconoce a la voluntad individual plena fuerza para crear derechos reales atípicos, creemos que se está olvidando este punto: que la voluntad, ligada con una causa, es fuente suficiente de obligaciones, pero que no lo es en cambio, por sí sola, para la creación de derechos reales.

De algún modo, a esta incidencia causal, en la línea de la función económico-social, es a la que se está haciendo referencia cuando se señala que para entender constituido un derecho real es menester que con éste se cumplan, o se traten de satisfacer, necesidades jurídicas o económicas, que de otro modo no se podrían llenar.

7. *La llamada causa «perpetua servitutis» como piedra de toque de la incidencia causal en materia de constitución de derechos reales atípicos.*—Al estudiar las servidumbres es tradicional hacer referencia a la llamada «causa perpetua». CASTÁN (38) dice que, según los romanistas, la servidumbre debe tener una causa perpetua, es decir, debe satisfacer un interés determinante del predio dominante que ha de consistir en una utilidad que pueda constantemente prestar el predio sirviente. Añade, sin embargo, el autor citado que en el derecho moderno se discute la existencia de este requisito, el cual, en todo caso, no excluye que puede constituirse una servidumbre por un tiempo limitado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1929 (39) dijo que la prestación pasiva a que un predio esté efecto por la servidumbre, ha de ser por modo definitivo y terminante y fijo, *como todo derecho real*, no en el sentido de perpetuo, sino también temporal, mientras dure el gravamen, con relación a la misma cosa, como derecho *in re* y que no dependa de pactos bilaterales y recíprocos u otras circunstancias que la hagan movable, inestable y provisional.

(38) CASTÁN, *Derecho Civil*, vol. II, pág. 537.

(39) Fernández Navarrete y otros c. Ayuntamiento de Ocón y otros (*Colección Legislativa*, núm. 35, pág. 205). Los Ayuntamientos de la villa de Ocón y otros venían celebrando de antiguo concordias con el pueblo de Ausejo, por virtud de las cuales aprovechaban los pastos de este pueblo a cambio de que éste utilizara o se sirviera de las aguas de aquéllos. A principios de siglo el marqués de Legarda ejecutó al Ayuntamiento de Ausejo por impago de pensiones censales y se subastó un monte llamado «Cuesta de la Estrella», que se adjudicó al marqués y a sus hijos, los cuales demandaron a los pueblos que aprovechaban los pastos para que se declarara que no existía servidumbre. Esta tesis triunfó en la Audiencia de Burgos y el T. S. declaró no haber lugar al recurso.

Todo el problema gira en torno a si es o no servidumbre el efecto del contrato, teniendo en cuenta el carácter de permuta y reciprocidad, que había en éste—pastos por aguas—y su duración temporal, aunque renovada.

Dice el T. S.: «Considerando que, no exenta de vacilaciones y dudas en el derecho científico, y aun en el positivo, la verdadera esencia y diferencia entre el

BIONDI (40) recuerda la vetusta regla enunciada en D. 8, 2, 28, según la cual «omnes servitutes praediorum perpetuas causas haberes debent». Igualmente recuerda el autor citado que los intérpretes del Derecho romano invocaron con frecuencia aquella regla, pero sin tener al respecto ideas claras y precisas, de manera que unas veces se confunde con la perpetuidad y otras se identifica con la finalidad perseguida, la cual, por su parte, unas veces se refiere al fundo dominante, otras al sirviente y otras a ambos. PEROZZI creyó poder resolver la cuestión renegando de la regla y tratando de demostrar que la afirmación que se lee en el texto citado fue el resultado de una malhadada glosa. Conclusión aceptada por gran parte de la doctrina romanista y por los civilistas modernos, quienes concordemente se han desembarazado de una regla tan oscura, limitándose a observar que en las fuentes dicha regla se relaciona con

derecho real, *in re*, y el personal o de obligaciones, cuando recaen o afectan a bienes inmuebles, lo cual hace difícil fijar la del de servidumbre, como derecho inherente a la cosa, sin consideración a la persona; sin embargo, hay que tener en cuenta que la prestación pasiva a que un predio está afecto por la servidumbre —ya en beneficio directo de otra finca y su dueño, ya en el de otra persona—, pues nuestro Código admite las reales y personales, ha de ser por modo definitivo, permanente y fijo, como todo derecho real, no en el sentido de perpetuo, sino también de temporal, mientras dure el gravamen, con relación a la misma cosa, como derecho *in re*, y no que dependa de pactos bilaterales y recíprocos u otras circunstancias que la hagan movable, inestable o provisional, de tal modo que originen modificaciones, transformaciones y hasta extinciones dependientes de que se cumpla o no una obligación recíproca de la que depende la existencia de la carga. Por ello, ya este Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de enero de 1861, declaró que cuando se paga cierto precio por el aprovechamiento de una finca no existe servidumbre, doctrina muy pertinente al caso, porque los pastos se dan por aguas y éstas por aquéllos según ha apreciado la sentencia impugnada, lo cual excluye la existencia de dos servidumbres, y con mucha más razón la de una; se trata, pues, de relaciones y obligaciones recíprocas contractuales, con relación a la finca determinada, lo cual no origina el derecho real de la carga o gravamen que se discute.

Considerando que, por otra parte, cuando el fundamento atribuido a la servidumbre perpetua o temporal, distinción que no afecta a la esencia, es uno o diversos contratos, es de tener en cuenta que ha de estar bien expresa y terminante la voluntad de las partes para constituir ese derecho real, limitativo de las facultades dominicales del propietario de la finca que la sufre, sin interpretaciones extensivas que desvirtúen el fin que se propusieron los contratantes, y tanto en este caso como en el de cualquier calificación que mereciese el aprovechamiento de pastos a cambio de aguas, que más bien se asimila al innominado *du ut des*, es sabido que las cuestiones relativas a la existencia de los contratos, su modificación, extensión, extinción y efectos, caen en su apreciación bajo la soberanía del Tribunal de instancia, cuyo criterio ha de respetarse en casación, si no se demuestra la evidente equivocación por el medio procesal adecuado, como ha venido a entenderlo el mismo recurrente al ampararse en sus dos primeros motivos del recurso, no sólo en el número primero, sino también en el séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para deducir el error que demuestran, según su juicio, las pruebas que analiza, que es el de hecho.»

(40) BIONDI, *La servitù*, Milán, 1967, págs. 197 y ss.

la perpetuidad de las servidumbres, por lo que, desaparecida la perpetuidad, se dice, la regla no tiene ya sentido.

BIONDI (41) pone de manifiesto, sin embargo, cómo en las fuentes romanas la regla en cuestión trataba de dar un cauce a necesidades perfectamente realistas. Una servidumbre de acueducto, por ejemplo, sólo se puede constituir en orden a lo que se llaman aguas vivas o aguas corrientes, porque sólo en estos casos tiene «causa perpetua» y se puede considerar como *portio fundi*. Se puede constituir el derecho de servidumbre para derivar agua de un lago, de un río o de un torrente, pero no de un estanque, de una piscina o de una cisterna, porque en estos casos y respecto de estas cosas la utilidad no puede tener aquel carácter permanente que se encuentra ínsito en el concepto mismo de servidumbre.

Por esto, entiende BIONDI que, si bien hoy no puede hablarse de perpetuidad de las servidumbres, se debe hablar al menos de permanencia y, en este sentido, las servidumbres deben tener una causa, no perpetua pero sí permanente y esta causa viene dada por situaciones naturales independientes del hecho del hombre. En el mundo moderno, dice también BIONDI, la obra del hombre llega a sobreponerse a la naturaleza e incluso a modificarla. Mas en la medida en que la utilidad ha de referirse objetivamente a un fundo, la causa no puede ser más que natural. Precisamente por ello, dada la naturaleza de la utilidad que proporcionan, quedan fuera del tipo, por ejemplo, las servidumbres llamadas industriales o empresariales o las servidumbres de no concurrencia, porque no corresponden a utilidades objetivas de un fundo, sino que están referidas a entidades personales y por consiguiente mudables.

En el sentido anterior, creemos que la idea de la llamada «causa servitutis» es un factor muy útil para la solución del problema de los límites de los derechos reales atípicos en aquellos ordenamientos que admiten el *numerus apertus*. No basta para constituir un derecho real atípico la pura y simple voluntad del propietario o la voluntad del propietario de acuerdo con otra persona. Es menester que la función económico-social, que con la constitución del derecho se trate de conseguir, exija la especial forma de afectación del bien que el derecho real lleva consigo, y que lo impongan así la legítima utilidad que se trata de obtener y la naturaleza de esta utilidad, en relación con los bienes a que se refiera.

8. «*Numerus clausus*» y «*numerus apertus*» en relación con las diferentes categorías de derechos reales.—A partir de la exposición que anteriormente hemos intentado realizar, hay una conclusión que por sí sola

(41) BIONDI, *op. cit.*, págs. 200 y ss.

puede establecerse ya. En nuestro Derecho, el problema no reside tanto en averiguar si hay un poder de creación individual de derechos reales atípicos, cuanto en establecer y perfilar los límites y los requisitos que ha de llenar el acto de ejercicio de ese poder, que de algún modo hemos intentado esbozar.

Tal vez hubiera todavía que dirigir la investigación por otro camino. Creemos que es acertada la opinión según la cual el poder individual de creación de derechos reales atípicos sólo puede tener por objeto los derechos reales sobre cosa ajena. El derecho real pleno, el dominio, no admite formas atípicas. Cabrán limitaciones del dominio, pero éstas tendrán que constituir a su vez derechos en favor de otros y, por consiguiente, derechos sobre cosa ajena.

Llegados a esta conclusión, tal vez pueda entenderse que la solución no tiene por qué ser unitaria, ni idéntica, para todas las categorías de derechos reales, sino que puede ser útil hacer distinciones, dentro de ellas, de acuerdo con las diferentes especies que de las mismas se suelen establecer. Estas son, como sabemos, fundamentalmente tres, que pueden denominarse derechos de disfrute, derechos de garantía y cargas reales.

a) Por lo que se refiere a los derechos reales de disfrute, nos parece también básica la distinción entre el derecho real de disfrute pleno, que es el usufructo y los derechos reales consistentes en el goce de un servicio limitado de la cosa ajena.

A nuestro juicio, no cabe más derecho de disfrute pleno en cosa ajena que el usufructo. Dentro de él podrán existir variantes o modificaciones del régimen jurídico de acuerdo con su título constitutivo, a las que se pueden llamar si se quiere usufructos atípicos (p. ej., usufructo con facultad de disposición, etc.), aunque en tal caso lo atípico no será nunca el derecho en cuanto tal, sino su régimen jurídico.

Los derechos reales de goce limitado de especiales servicios de un bien ajeno, entran de lleno dentro del marco genérico de la categoría de las servidumbres, por lo cual tampoco cabe en puridad un derecho real atípico, sino que el problema será de calificación o incardinación del supuesto concreto dentro o fuera de esa categoría genérica. Se tratará en suma de decidir si lo constituido es o no servidumbre.

b) En materia de derechos reales de garantía, nos parece acertada la opinión de DEKKERS (42). En los derechos reales de garantía imperan la tipicidad y el *numerus clausus*. Y ello por la fundamental razón de que tales derechos entrañan una facultad de realización del valor, y, sobre todo, una suerte de privilegio o de prelación, que tienen por ello carácter excepcional, ya que suponen una particular derogación del principio de

(42) *Précis de Droit Civil belge*, tomo 1.º, Bruselas, 1954.

par conditio creditorum. Ello explica que la jurisprudencia registral, que acaso en materia de derechos de disfrute ha mostrado una mayor perplejidad, ha sido siempre constante en denegar los pactos de constitución de garantías, a los que se pretendía dar efectos reales, fuera del marco establecido por la ley (p. ej., renta vitalicia garantizada con el inmueble).

Quedan, pues, los llamados derechos de adquisición y las cargas reales como únicas categorías conflictivas. Se observará, sin embargo, que en ellas el problema es más de efectos reales o frente a terceros del negocio jurídico constitutivo, que de propios derechos reales atípicos, por cuanto que, en su configuración exterior, son derechos potestativos los unos y obligaciones *propter rem* los otros.

LUIS DÍEZ PICAZO

Acotaciones a las «Sociedades Anónimas Laborales» (SAL)

I. NOTAS PREVIAS

Vino viejo en odres nuevos. El añejo fenómeno del asociacionismo de trabajadores para la producción, adoptando una de las instituciones esenciales del mundo capitalista, tal vez su más típico y sofisticado esquema, no deja de causar sorpresa aun en tiempos en los que aparecen anónimas públicas, benéficas y políticas. Presenciamos una nueva constatación de la fluida plasticidad de las instituciones, cuyos contornos, aparentemente rígidos, adquieren flexibilidad y ofrecen nuevos moldes ante el acontecer y las necesidades de la vida. La epopeya de la «Sociedad Anónima Laboral de Transportes Urbanos de Valencia», la SALTUV, como lo fue en su día la de Zúñiga, es otro de los cantares de gesta de un mundo duro, pero romántico. Y aunque el propósito inicial fuera un escueto examen desde la simple perspectiva jurídico-registral, es prácticamente imposible llevarlo a buen fin prescindiendo del colorido, relieve y sonoridad inherentes a los grandes poemas épicos.

Y es que, como dice BAYÓN (1) refiriéndose a las Cooperativas de Producción, con las que se hallan hermanadas con comunes raíces, encajarlas en el marco de la sociedad capitalista es algo tan extraño como pretender componer villancicos con metro alejandrino. Y sin embargo, la experiencia está a la vista, en plena y fecunda realización: uno de los instrumentos más efectivos del desarrollo industrial y tal vez el más precioso de los «útiles jurídicos» del mundo mercantil, al servicio del espíritu idealista, aunque incisivo y eficaz, de aquellos veteranos cooperativistas, inasequibles al desaliento, que con voluntad formidable y a costa de sacrificios a veces increíbles, y en otros emotivos, persiguen

(1) BAYÓN CHACÓN, Gaspar: Prólogo a la obra de VALDÉS DAL RE *Las Cooperativas de Producción*, Madrid, Montecorvo, 1975.

incansables su en ocasiones mítico, pero siempre ilusionado, ideal de altruismo y hermandad.

Por ello, antes de entrar en el examen de los problemas jurídicos que plantean estas realidades socio-económicas, que significan el arrumbamiento de la hiperlógica conceptual, y de aplicar el álgebra jurídica propia de construcciones de perfiles consagrados a cristalizaciones diversas de aquellas para las que fueron diseñadas o programadas, estimamos procedente una reseña sucinta de antecedentes y características que permitirán señalar con precisión las piezas o dispositivos a retocar, perfeccionar o remodelar.

II. LAS COOPERATIVAS DE PRODUCCION

La prehistoria—la útil—se remonta a las primeras décadas del pasado siglo, en el que se crean múltiples asociaciones laborales como instrumento de lucha contra las inhumanas condiciones de vida provocadas por la transformación industrial y la ideología liberal-capitalista basada en aquella filosofía que significó el triunfo de la Revolución Francesa. La resistencia, reivindicación, defensa o auxilio son fines próximos de ellas que enlazan remotamente con los deseos de reordenación integral de la sociedad, en versiones más o menos realistas, o con la simple y difícil reestructuración del sistema económico, ya eliminando el asalariado, ya propugnando el colectivismo o encaminándose a «terceras vías». Y entre las muchas aparecidas en esta constelación estelar, en la que resplandecen, persisten y se apagan tantas unidades, hallamos las asociaciones laborales encaminadas a la producción de bienes o prestación de servicios en ocasiones para los asociados, exclusivamente, y en otras para los terceros, aunque en beneficio exclusivo, o preponderante, de los aportantes del trabajo. Son las que regularmente han venido revisitando la apariencia jurídica de Cooperativas de Producción.

El determinativo debe entenderse en su más amplio sentido, abarcando desde la producción y transformación agrícolas, las estrictamente fabriles, las explotadoras de servicios o concesiones administrativas y aun las del mar. El compendio incluye toda la gama de textiles, metalúrgicas, profesionales y hasta aquellas que tanto auge han alcanzado en el Japón, según LLUIS Y NAVAS (2): las de hilaturas de seda.

La versión de nuestro interés es la cooperativa estructurada para el ejercicio de la empresa, que no elimina al empresario, sino que lo sus-

(2) LLUIS Y NAVAS, Jaime: *Derecho de Cooperativas*, Barcelona, Bosch, 1972, volumen I, pág. 211.

tituye, en frase de VALDÉS (3), diferenciándose claramente de aquellas otras en las que la producción es por y para los asociados. Aquéllas, por tanto, concurren en el mundo exterior con las empresas públicas, las mixtas y las privadas mercantiles, de carácter individual o social. Es diferente de ellas en cuanto a organización, pero su finalidad no es contrapuesta: el ánimo de lucro, aunque sea con fondo social. La cooperativa de tipo benéfico, pietista, de la que reiteradamente se ha dicho que acentuaba su ineficacia en proporción a su altruismo, no queda afectada por nuestro enfoque, aparte de ser pieza que empieza a pertenecer a la historia. En el tipo a que nos concretamos no sólo hay ánimo de lucro; tampoco se prescinde del capital y aun se estima su importancia. Más que un procedimiento para suplantar al capitalismo parece ser un medio para reformarlo y acaso reforzarlo, humanizándolo.

Si en una economía descentralizada—o liberal-capitalista—tales cooperativas desempeñan su papel de unidades de producción en plena competencia económica y combinando los factores de capital y trabajo, aunque se recargue el acento en el último, en otra centralizada, de tipo socialista, su actuación es perfectamente posible, aunque dentro de una autonomía más limitada y adaptándose su desenvolvimiento, normalmente, a los planes económicos y financieros trazados previamente por el Estado o la Administración, que no sólo interviene y controla intensamente, sino que en muchas ocasiones es el único cliente. El ejemplo de la ley polaca de cooperativas es no sólo citado corrientemente como ejemplar, sino altamente ilustrativo. Las cooperativas, como otros entes económicos o jurídicos, no pueden quedar al margen del sistema social o político en el que se hallan encuadradas.

Tales cooperativas, también llamadas «Industriales», tienen en España un dilatado historial a partir de 1840. A veces, erróneamente, se engloban bajo tal nomenclatura cooperativas industriales de empresarios exclusivamente, pero queda bien dilucidado que nuestro tema se ciñe a las de trabajadores. Los estudiosos muestran extraordinaria simpatía por ellas, pero no son pocos los que afirman que lo excepcional de sus felices resultados corrobora su escasa viabilidad como solución.

LLUIS (4), FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ (5) y BROSETA (6), que hacen

(3) VALDÉS DAL RE, Fernando: *Op. cit.*, nota 1, pág. 105. La seguimos en la redacción de estos párrafos. Se trata de una obra «excepcional».

(4) *Op. cit.*, nota 2, vol. II, pág. 407.

(5) Estudio incluido en la obra *Cooperación*, publicada bajo la dirección y colaboración de don JUAN J. SANZ JARQUE, Valencia, Univ. Politécnica, 1974. Dicho estudio aparece bajo el título «Cooperativas Industriales». La página citada es la 631.

(6) BROSETA PONT, Manuel: *Dictamen emitido a petición de don Macario Bolado y del Ministerio de Trabajo*, Valencia, 27-IX-67, pág. 8.

suyo tal criterio, vienen a recopilar sus ventajas e inconvenientes. Aquéllas están representadas por la asunción para los trabajadores del beneficio íntegro de la producción, en dividiendo y plusvalía; la mejora del rendimiento del personal al asumir la condición de copropietario. Los últimos están constituidos por los constantes riesgos empresariales, las enormes dificultades de capitalización, la carencia del espíritu empresarial, en muchas ocasiones, por ser cualidad propia de personas físicas, y la indisciplina, fruto del exceso de democracia y escasa jerarquización.

La impresión general, no obstante, es que en determinados sectores sus resultados pueden ser sumamente satisfactorios. VALDÉS (7), y en ello coincide BROSETA (8), dice que la funcionalidad del sector cooperativo se sitúa en las extremidades inicial y final del proceso de producción, mientras que el resto de la estructura viene dominada por los sectores capitalista y público, siendo un hecho objetivamente cierto que en el seno de una organización descentralizada el proceso de transformación de materias primas o de bienes de equipo exigen unos presupuestos que, normalmente, escapan del ámbito del mundo cooperativo. Pese a ello, en España tenemos cooperativas no sólo de considerable magnitud, sino en funcionamiento impresionante en los sectores metalúrgico, del vidrio, textil, de la construcción, etc.

III. LAS SOCIEDADES ANONIMAS LABORALES

El Estado, en estos últimos lustros, se ha apropiado de la estructura de la sociedad anónima en busca de una administración independiente y más agilizada para determinados sectores económicos, y para ello ha prescindido de soluciones elaboradas en bibliotecas o laboratorios, siempre anémicas, tomando lo que ha estimado más apropiado de aquel instrumento del que se ha dicho que era invento superior al vapor o a la electricidad y al que se atribuye la prosperidad material de los tiempos modernos. Y, estando a su alcance, ha alterado la normativa, adaptándosela y desechando lo que no interesaba a su propósito, prescindiendo de toda clase de escrúpulos conceptuales y dogmáticos. Ha creado unas sociedades públicas, de lujo, unas máquinas ciclópeas que creen disponer de la experiencia favorable y la perfección técnica obtenida y adquirida en un prolongado periplo histórico.

(7) *Op. cit.*, págs. 96 y ss.

(8) *Dictamen* referido. La misma página.

Frente a ellas aparecen los Sociedades Anónimas Laborales, las SAL, de trabajadores y para trabajadores, que tienen que burlar el «ius cogens», en lo que no les cuadra, mediante recursos indirectos y artesanía de jurisperitos. Y sus soluciones van naciendo al compás de su desarrollo pues una cosa es el examen de una estructura estática y otra un dispositivo en funcionamiento, en el que se aprecian las deficiencias y se emiten los juicios con más rigor. Las adaptaciones, diseños o nuevas programaciones y otras alteraciones de un organismo, para obtener del mismo un resultado distinto de aquel para el que fue proyectado, requieren experiencia.

También estas sociedades buscan más amplios horizontes, capitalización, jerarquía y eficacia en un instrumento acreditado, pero ajeno. En contraste, según GIRÓN (9), en Suiza se realiza la operación a la inversa y son las empresas originariamente anónimas las que intentan cubrirse con el ropaje de cooperativas en un deseo de burlar excesivas opresiones normativas. Fenómeno que no sería raro llegara a producirse en España, pues la considerable amplitud y notable perfección técnica de la actual Ley General de Cooperativas de 1974 puede perfectamente inducir a algún «homo artifex», no superior, pero sí distinto, del «homo faber», a levantar, más que como ingeniero como poeta, al decir de FRONDISI (10), sutiles dispositivos tan similares que sólo por la norma a la que se acojan podrá deducirse si son Anónimas o Cooperativas, pues si bien estas últimas no pueden revestir todas las características de las primeras, sí es posible a aquéllas, por lo menos en esencia, adoptar los trazos formales de una cooperativa y obtener efectos prácticamente idénticos.

Nos hallamos, pues, ante anónimas que, en espíritu, son verdaderas cooperativas, como dice FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ (véase nota 5), quien las denomina «Cooperativas Informales de Trabajadores». BROSETA (11), que las reputa óptimas para la organización de empresas de trabajadores de grandes proporciones, utiliza la denominación de SAL, lo propio que LLUIS (12), quien las describe en forma sencilla y concisa de acuerdo con el esquema de su prototipo, la SALTUV, en los términos siguientes:

«Estas entidades tienen naturaleza mercantil y son jurídicamente anónimas, análogas a las ordinarias. Pero su espíritu es cooperativo.... Para lograr establecer estas sociedades se crean dos

(9) *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1955, página 47.

(10) FROSINI, Vittorio: «La estructura del Derecho», *Rev. Colegio de España*, Bolonia, 1974, págs. 221 y ss.

(11) *Dictamen*, pág. 8. Es interesante su referencia a «las sociedades anónimas laborales ensayadas en el pasado fracasaron, especialmente en el extranjero».

(12) *Op. cit.*, vol. I, pág. 123.

entidades: una fundación laboral y la sociedad anónima. En los estatutos de la anónima se consigna que las acciones sólo podrán pertenecer a los empleados de la misma (lo que las equipara al ideal de la cooperación industrial) y a la Fundación, de tal modo que al ingresar un nuevo empleado compra una o más acciones a la Fundación. De este modo la sociedad anónima es de capital formalmente fijo y de número variable de capitalistas, ejerciendo la Fundación una misión estabilizadora. La Fundación puede asumir también las funciones que en el cooperativismo se asignan al fondo de obras sociales.»

A este esquema no se acomoda la entidad «Complejo Industrial Maderero, S. A.», domiciliada en San Juan del Puerto que, tal vez por estimar que las obras sociales corresponden al Estado o por realizarlas sin ostentosos enunciados, prescinde de la Fundación, que parece casi insustituible en su función estabilizadora del movimiento de acciones. En ella se resuelve con una autorización de aumento al Consejo y la imposición a los socios de la obligación de renunciar al derecho de suscripción preferente. Parece una SAL con otras directrices y con mayor acento capitalista y agresividad empresarial. Su mismo capital, totalmente desembolsado, es importante.

IV. LA «SALTUV» Y SU ESCUELA

La historia concreta de las SAL se inicia con la SALTUV, cuando a fines de los años cincuenta los empleados de la «Compañía de Tranvías y Ferrocarriles de Valencia», a la vista de la próxima caducidad de la concesión y de lo que ello había de representar para su futuro, estudian y proponen, entre otras soluciones, la adjudicación de la futura concesión a una entidad autogestionada por los propios empleados. Se recuerda su brillante actuación en el período 1936-39, en la que no sólo el Estado, sino gran número de organismos de la Administración dimitieron de sus funciones o vieron las mismas gravemente alteradas, por lo que muchas empresas incautadas pudieron llevar vida floreciente sin trabas administrativas. La proposición fue aceptada, en principio, y en forma calurosa, por las esferas oficiales y bajo la entusiasta dirección de una acusada personalidad, la de don Juan Velarde Fuertes, y la colaboración de don Alfonso García Valdecasas (quien parece cuidó de la redacción de estatutos con la colaboración de su compañero, señor Tenorio), don Efrén Borrajo, don Eduardo García de Enterría y otros, se

obtuvo el rescate de la concesión antigua y la adjudicación de la nueva a SALTUV, constituida el 16 de diciembre de 1963. La Fundación, FULTUV, había sido creada el 30 de noviembre anterior, pero no fue aprobada por la Dirección General de Previsión hasta el 11 de enero de 1964.

A la FULTUV se aportaron los 60.000.000 de pesetas, importe de los préstamos que la Dirección General de Promoción había concedido a los obreros. El capital de la SAL era idéntico, pero en su constitución sólo intervinieron como fundadores cinco particulares y la FULTUV. Aunque el capital totalizaba el global de los referidos préstamos, sólo se desembolsó el 25 por 100 inicialmente. Casi todas las acciones fueron suscritas por la FULTUV.

La SALTUV produce escuela. En Palma de Mallorca, el 4 de enero de 1968, se constituye la SALMA o «SAL de PALMA DE MALLORCA», con igual finalidad concreta de asumir la explotación de concesiones de transportes urbanos. En Almería la «SAL de TRANSPORTES URBANOS DE ALMERIA» y en Las Palmas de Gran Canaria la «SAL DE AUTOBUSES INTERURBANOS». Parece que el tema de las concesiones se conjuga perfectamente con estas SAL, cuya capacidad de reacción ante tarifas políticas debe considerarse superior a la de organizaciones comunes integradas por un grupo de control, para el que los resultados favorables directos son relativos, y numerosos ahorradores o previsores del porvenir anatematizados con la expresión de «capitalistas» y con nula capacidad de auto-defensa en circunstancias adversas.

En Palma de Mallorca, el 13 de octubre de 1972, se constituye otra SAL, «INFRAESTRUCTURA Y SANEAMIENTO SAL». En las de Palma no interviene como fundadora la FUL, pero su existencia está prevista.

Ya hemos aludido anteriormente a la onubense de San Juan del Puerto, creada por gran número de vecinos de Valverde del Camino, de entre los 158 fundadores, con un capital de 45.000.000 totalmente desembolsado y en el que, como se ha dicho, no participa ni es prevista ninguna FUL. Sus estatutos no siguen las líneas de las SAL.

En Barcelona, en 1971, se modifica una Sociedad Anónima para adaptarla a las características de las SAL, pero no llega a inscribirse. El 5 de agosto de 1975 tiene lugar la fundación de otra, de índole textil, con previa creación e intervención de FUL (13).

(13) Los datos consignados proceden de informaciones de SALTUV y Registros Mercantiles. La Subdirección General de Empresas Comunitarias indica no existe Registro de ellas, si bien pueden conocerse las que disponen de préstamos. Estos,

V. VENTAJAS DE LAS «SAL»

Dice VICENT CHULIA (14) que las empresas de autogestión pueden adoptar varios estatutos jurídicos sin que tal hecho tenga excesiva trascendencia, siempre que tengan en cuenta los principios referentes a la comunidad de trabajo y los de la inserción de la empresa en el contexto de la economía nacional. Señala tres grupos: Cooperativas de Producción, Sociedad Anónima Laboral y Empresa Socialista de Autogestión de tipo yugoslavo. Concentrándonos al segundo el propio VICENT coincide con otros (15) en señalar las ventajas que significa tal esquema en relación con las clásicas cooperativas. Consideramos interesante enunciarlas con el mayor detalle, aun teniendo muy presente que gran parte de ellas han quedado superadas por la nueva Ley General de Cooperativas. Son las siguientes:

1) *De naturaleza económico-financiera*: a) Inexistencia de límites cuantitativos para las aportaciones sociales; b) Márgenes más amplios de autofinanciación y de utilización de capitales ajenos, ya que la totalidad o gran parte de los beneficios pueden destinarse a reservas, se pueden emitir obligaciones y acciones preferentes y acudir con mayor representatividad al crédito privado, aparte del oficial, y c) Participar en uniones y agrupaciones de empresas.

2) *De naturaleza estructural*: a) Técnica más depurada y flexible en la regulación de los órganos administrativos; b) Mayor independencia de la administración frente a las Juntas Generales; c) Valoración adecuada de las funciones directivas, posibilitando el acceso a las mismas de elementos extraños con conocimientos y espíritu empresariales; d) Equilibrio interno dimanante no sólo de la varia titularidad de acciones, con repercusiones en las votaciones, sino del hecho de que gran parte de las mismas pertenezcan a la Fundación, lo que permite dar rumbo estable al desarrollo social.

según el vigente XV Plan de Inversiones de 25-I-75, pueden alcanzar normalmente por obrero a 350.000 pesetas, ampliables excepcionalmente a 500.000. A diez años de plazo máximo y sin interés o el máximo del 3 por 100. Las fórmulas de garantía son muy amplias.

(14) «Instituciones cooperativas y formas de trabajo asociado», en *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, 1971, núm. 2, pág. 58.

(15) Ponencia de SALTUV: «La Sociedad Anónima Laboral», sin fecha, reproducida en la comunicación presentada por don MACARIO BOLADO y don ANTONIO COLOMER a la II Conferencia Internacional de Autogestión de Ithaca, junio 1975, bajo el título «Un modelo español de empresa autogestionada: la SALTUV». Respetamos clasificación de la misma y a sus ventajas añadimos otra, importante, procedente de información verbal: mayor simplificación en los préstamos que las Cooperativas.

3) *De naturaleza social:* a) Independencia de los fines sociales de los estrictamente empresariales, pues los primeros son asumidos por la FUL; b) Reforzamiento de la disciplina interna, eliminando la supervaloración del socio en detrimento de los valores jerárquicos, y d) Aplicabilidad de la legislación social.

4) *Garantías en el tráfico jurídico:* a) Publicidad Registral; b) Contabilidad legalizada; c) Procedimientos mercantiles en caso de insolvencia, y d) Estabilidad del capital social.

VI. LEGISLACION ESPAÑOLA

En la legislación española no aparece la denominación «Sociedad Anónima Laboral», aunque la reciente Ley de Cooperativas, como veremos, se ha referido a «Sociedades Laborales». Por ello las normas que han sugerido y facilitado su promoción son de índole y procedencia diversas. Algunas constituyen meras declaraciones programáticas o expresión de propósitos más o menos platónicos, aunque su incumplimiento ha provocado sonoras reacciones; otras de naturaleza fiscal, o producidas en ocasión de disposiciones de tal índole; las más proceden del grupo encaminado directamente a posibilitar la presencia del trabajo en la titularidad de acciones o participaciones sociales, y aunque parecían referirse a una titularidad minoritaria o limitada, no excluían la «totalización», o sea, que el trabajo, indirectamente, ostentara la plena propiedad de los medios de producción o de la empresa. Tales disposiciones calificadas despectivamente de «neocapitalistas» representan lo que se ha llamado comúnmente el accionariado popular y acostumbran ser durísimamente enjuiciadas: nuevas trampas del capitalismo, sarcasmos, ilusiones que encierran tristes ironías, pues el mundo del trabajo con sus bajos salarios que no cubren sus necesidades ordinarias no puede ahorrar o endeudarse para devenir accionista, pretensiones de aumentar el rendimiento de los trabajadores en forma indirecta o de debilitar la unidad sindical sin afectar al sistema capitalista, son expresiones utilizadas por destacados tratadistas en los estudios utilizados para estas notas.

El detalle de la normativa indicada es el que sigue:

La Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 151, establece la posibilidad de que el Gobierno, a instancia del personal de una empresa, ante el caso de disolución de una Sociedad Anónima pueda decidir su continuación concretando «la forma en que habrá de subsistir y las compensaciones que, al ser expropiados, han de recibir los accionistas».

Más importante, y sobre todo efectiva, es la Ley de 21 de julio de 1960 que crea los Fondos Nacionales para la Aplicación del Impuesto y del Ahorro, que en su primero se refiere al Fondo Nacional de Protección al Trabajo en los términos que se consignan:

«Consideración especial merece la participación del trabajador en el capital de la empresa. Dadas las características de nuestro actual desarrollo económico nacional el sistema que se establece no se dirige tanto a la creación de un capitalismo social como al fomento de una finalidad más ambiciosa y más de acuerdo con la idiosincrasia del trabajador español. Al afectar determinados fondos de crédito a la participación de los empleados y obreros en la propiedad de los bienes de producción de la propia empresa, se pretende estimular la integración activa, personal y responsable de cuantos intervienen en el proceso de producción. Se intercambian así los intereses de la empresa, de manera que pueda vincularse a un fin común.»

En consonancia con tal manifestación programática, no sólo en el título III, relativo al Fondo Nacional del Trabajo, figura un apartado cuyo objeto es el difundir el cooperativismo y conceder préstamos a los trabajadores que les permitan su adscripción a una Cooperativa, sino que en el título IV, Fondo de Crédito para la Difusión de la Propiedad Mobiliaria, y en su artículo 18, se autoriza la concesión de créditos a personas físicas que deseen adquirir acciones, obligaciones u otros títulos equivalentes emitidos por la empresa en la que el peticionario preste sus servicios. Bien es verdad que la posterior orientación se encamina a los «títulos cotizados en Bolsa, calificados o no».

A partir de dicha ley se publican los Planes de Inversiones correspondientes al Fondo Nacional de Protección al Trabajo—de esquemas casi inalterables—en cuyo capítulo IV, relativo a «Formación Profesional de Trabajadores», figura el grupo 2.º, «Acceso a la Propiedad» y en él el «Concepto 2.º», independiente del cooperativismo que es grupo aparte, con la rúbrica «Empresas Asociativas», que consigna la cantidad correspondiente para «Préstamos a Trabajadores que deseen constituirse en Empresas de Régimen Asociativo». Y en las Normas Generales de Aplicación se señala la cuantía y requisitos de los préstamos a los trabajadores «que vayan a dedicarse a la misma actividad productiva y constituyan entre sí cualquier tipo de asociación».

Es también de interés, a los fines indicados, la Subsección 2.ª, letra C) relativa a la asistencia técnica, que comprende las ayudas para el asesoramiento de organización empresarial, con especial reflejo en las

«empresas asociativas y cooperativas constituidas por trabajadores y a los trabajadores autónomos asistidos por el Fondo».

No vamos a detallar las diversas disposiciones dictadas con motivo de regularización de balances en las que se conceden beneficios fiscales cuando se reserven acciones al personal de la empresa y nos limitamos a aludir las de «Ahorro bursátil», «Patrimonio Familiar» y las que imponen a entidades financieras la obligación de conceder préstamos por «motivos sociales». Pasamos a las diversas leyes aprobatorias de los Planes de Desarrollo en las que, con palabras de BROSETA (16) se contienen dos mandatos de máximo interés: 1) Las acciones representativas de aquellas sociedades que se privaticen, o sea, las públicas, y fundamentalmente las del INI, se ofrecerán al personal que en ellas preste sus servicios; 2) Que el Ministerio de Hacienda facilitará al personal los medios financieros necesarios en la forma prevista en la Ley de Fondos Nacionales.

Tal declaración, que dicho autor considera de un alcance extraordinario, no ha pasado de ser una de las manifestaciones platónicas aludidas. VICENT CHULIA y, en especial, GÓMEZ FONTECHA (17) detallan cómo en determinadas sociedades públicas se ha producido una privatización, aunque sólo en forma parcial: SEAT, ATESA, ENECO, ASTILLEROS DE CADIZ y ENARO; y a pesar de las indicadas directrices la misma no se ha desarrollado ni en beneficio de su personal ni de las masas de accionistas, sino de los grupos financieros tradicionales.

El Reglamento de Cooperación de 1971, que inició la apertura de anchos cauces en el mundo cooperativo español, se refiere, en su artículo 48, a las «asociaciones de trabajadores para producción de bienes y servicios». Pero ni el primoroso Proemio de la Ley General de 1974, ni su articulado aluden a nada más aproximado que las «cooperativas de trabajo asociado», salvo una Disposición Final que por su considerable interés bien merece una transcripción íntegra:

«Segunda. Las asociaciones laborales integradas exclusivamente por trabajadores que sean beneficiarios de préstamos del Fondo Nacional de Protección al Trabajo, gozarán de los beneficios establecidos para las cooperativas fiscalmente protegidas.»

(16) *Dictamen*, citado, pág. 7. El propio autor aborda ampliamente tal tema en una conferencia pronunciada en 1969 en el Ayuntamiento de Valencia el 28 de octubre de 1969, y posteriormente en la Facultad de Ciencias Económicas de la misma ciudad, el 6 de marzo de 1970, y publicada en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 111, pág. 265, de 1970, bajo el título «La reforma de la empresa en el sistema neocapitalista español».

(17) El primero en estudio citado en nota 14. El segundo en estudio «Una llamada de atención a la privatización de las empresas nacionales», en vol. II de *Estudios en Homenaje a J. Garrigues*, págs. 385 y ss.

Nada más, pero nada menos. La SAL continúa, pues, carente de legislación expresa y específica y debe acogerse fundamentalmente a las reglas de la Sociedad Anónima capitalista, y aun propia de grandes sociedades. Ello es anormal. BROSETA (18) estima que debe dictarse una legislación especial y aun elaboró un Anteproyecto si bien desde la perspectiva más frágil de las SAL, la financiera. VICENT CHULIA (19) tiene un criterio radicalmente opuesto: «De cara al futuro—de *lege ferenda*—lo más adecuado sería que estos argumentos tuvieran su repercusión en la reforma de la Ley de Cooperativas, que es la sede natural de estas empresas obreras.» Pero la Ley General no las ha acogido, y de ello derivan considerables inconvenientes que han dado lugar, precisamente, a la redacción de estas notas.

VII. LA «SAL» Y OTRAS INSTITUCIONES PROXIMAS

Aunque con lo indicado anteriormente queda realizada, en términos generales, la configuración específica de las SAL, creemos que no estará de más perfilarla con mayor precisión, lo que se obtendrá mediante una delimitación de otras instituciones próximas en sus aspectos sustantivo o formal.

a) Por ostentar los trabajadores—en su más amplia y polémica acepción—la plena propiedad de la empresa, aunque en forma indirecta, y la absoluta dirección y gestión de la misma, quedan eliminadas las fórmulas de participación, que implican «parcialidad», tanto en su versión de accionariado obrero minoritario, como cogestión directiva de la empresa y aun de la administración de la sociedad—conceptos que no se confunden—, bien en su modalidad directa, bien a través de una Cooperativa u otro ente aglutinador del elemento obrero, como se propugna en el conocido proyecto Capitant. Pese al desarrollo que han tenido las fórmulas de «cogestión» en Alemania y al interés que ha suscitado como elemento de la Sociedad Anónima Europea, las mismas no parecen haber despertado grandes entusiasmos ni en las esferas laborales ni en las capitalistas. Aquéllas la consideran inoperante sin previa cogestión en las altas esferas políticas y económicas y éstas estiman, como ha escrito BAYÓN (20), que la empresa clásica, gobernada en régimen de monarquía absoluta, ha desaparecido. Su regencia es compartida con el mundo trabajador en méritos de reglamentaciones, convenios colectivos, huelgas,

(18) En el *Dictamen* tan citado.

(19) Página 63 y nota 16 de su estudio *Instituciones Cooperativas y...*

(20) Prólogo citado en nota 1.

representaciones permanentes, etc.; con el Estado a través de sus normas fiscales y administrativas que, como han escrito DE LA TORRE y VILLAR EZCURRA (21), son los más eficaces instrumentos de plasmación de las tendencias comunitarias actuales, muy superiores a las manifestaciones retóricas, espectaculares y utópicas de los revolucionarios folklóricos; y con la Banca que con sus condicionamientos crediticios, ineludibles en la vida real, impone control y directrices. Aquel «Derecho Patrimonial del Capitalismo», como fue llamado el Mercantil, se halla absolutamente subvertido y los conocimientos empresariales mínimos exigen una inmersión en una heteronomía normativa en la que inciden aspectos financieros, laborales, fiscales y administrativos. Esto en el mundo occidental y normativo, pues se excluye de comentario la situación de hecho, no regulada oficialmente, producida en la actualidad en Italia.

b) La «autogestión» en las SAL, como en las Cooperativas de Producción, tiene su fuente en la propiedad indirecta que los trabajadores ostentan sobre la empresa. Con ello quedan claramente diferenciadas del tipo «autogestión no dimanante de la propiedad» característico de las economías socialistas que, con mayor o menor éxito, se están experimentando y del que se cita como prototipo el yugoslavo con sus Consejos Obreros y sus Comités Ejecutivos de Gestión. El «Kombinat Servo Mihalj» es centro de atracción de estudiosos de reforma de la empresa y radica en Yugoslavia, donde la propia Constitución declara que las Empresas del Estado, en tanto que propiedad común de la nación y en nombre de la comunidad social, serán administradas por colectividades de trabajo, conforme a leyes y reglamentos (22), términos que no pecan de excesiva concreción.

Los esquemas de «kombinats», «koljos» y otros entes similares, extendidos, no sólo por Rusia, sino por los países que con púdico eufemismo se los denomina «normalizados» e incluso por algunos socializantes de Africa, en especial Argelia, son numerosos y de difícil clasificación. Su existencia no es incompatible con la de cooperativas de producción a las que, incluso, se les reconoce la propiedad privada en forma limitada, citándose como ejemplos las cooperativas agrarias en las que, en ciertos casos, los aportantes de propiedad o usufructo en tierra, a título de capital, además de sus ingresos cooperativos reciben una renta por tal aportación (23).

(21) DE LA TORRE MARTÍNEZ, Enrique, y VILLAR EZCURRA, José L.: «Apuntes críticos al Derecho español de Concentración de Empresas», *Anuario de Derecho Civil*, vol. XXV, pág. 395.

(22) Notas procedentes de VALDÉS, *op. cit.*, págs. 240 y ss.

(23) Notas procedentes del trabajo de don LUIS AMAT ESCANDELL incluido en la obra citada en la nota 5, págs. 527 y ss.

c) Las comunidades agro-industriales de explotación en Israel, principalmente «Kibbutz» y «Mochavim», se han asimilado en cierto modo a las cooperativas de producción, lo que hace inevitable aludir las en estas notas comparativas, aunque sea esquemáticamente. En realidad no son sólo cooperativas, son mucho más: formas de vida en común de familias, con diversos acentos y configuraciones, asimilables a fraternidades o monasterios. Son agrupaciones meramente económicas, religiosas y aun político-militares en las que lo preponderante son las «funciones sociales». La intensidad de la propiedad y vida comunitaria es muy variable. Refugio de idealistas, románticos y altruistas con historiales sembrados de heridas y heroísmos, su recorrido sentimental no es sólo emotivo, sino una expresión demostrativa estridente de la incalculable potencia de los valores espirituales.

d) Y las sociedades personalistas o limitadas ¿pueden ser laborales? Nos parece indudable, aunque poco adecuadas para grandes empresas en capital o socios. A título de aportación principal—todos socios industriales—o de prestación accesoria en las personalistas; sólo en este último concepto en las Sociedades de Responsabilidad Limitada que requieren previa o simultánea aportación de capital con el que no pueden integrarse por prescripción expresa del artículo 10 de la L. S. R. L. A la vista tenemos los Estatutos de la «A. Perea, S. L.», domiciliada en Valverde del Camino, en cuyo artículo 5.º se consigna que «Todos los socios de la compañía vienen obligados a contribuir, además de con sus aportaciones dinerarias, con su esfuerzo personal, de índole laboral, a la consecución de los fines sociales.» Su objeto, imprenta y cajas de cartón.

e) Y penetramos en la zona difícil, sobre todo después de la reciente ley, de la distinción de las SAL y las Cooperativas de Producción, tema que ha estado latente en el entramado de las páginas anteriores.

La Ley General de Cooperativas ha salvado abismos considerables que separaban estas entidades de las Anónimas clásicas. Desde tal perspectiva, estrictamente normativa, acepta para la cooperativa la legislación laboral y la de seguridad social; se les autoriza para emitir obligaciones, excepto las convertibles en participaciones sociales; rige la legislación mercantil de suspensiones de pagos y quiebras; son inscribibles en el Registro Mercantil, cuyas futuras funciones de registro civil de personas jurídicas se reconocen expresamente, además del Registro General de Cooperativas y otra serie de registros de menor cuantía, como impone la moda actual; y respecto al capital social y su función, VALDÉS (24) destaca el acercamiento de sus esquemas a los que disciplinan las típicas sociedades capitalistas, estableciendo que los socios percibirán títulos no-

(24) *Ob. cit.*, págs. 182 y ss.

minativos en contrapartida de sus aportaciones; determinación de la cuantía total máxima de las aportaciones de los socios; forma y plazos de efectuar desembolsos; se excluyen determinados conceptos del capital social, previéndose, en casos de reducción, la salvaguardia de los intereses de los terceros, acrecentándose, en conjunto, la función del capital social, no sólo como instrumento de financiación, sino también, y fundamentalmente, como instrumento de garantía frente a terceros. Se desliga el Fondo de Reservas del de Obras Sociales. Añádase a ello que, sin pérdida de la variabilidad del capital social se establecen unos mínimos, estatutariamente fijados, que no podrán ser objeto de reducción en perjuicio de terceros; que podrán formar parte de uniones y agrupaciones de empresas. Y la equiparación—detallada anteriormente—de beneficios fiscales a las sociedades laborales, en iguales términos que a las protegidas y se comprenderá la extraordinaria labor realizada por esta ley que abre unos horizontes dilatadísimos.

Meramente adjetivas e intrascendentes deben considerarse diferencias tales como las relativas al número de fundadores, mayorías de edad que a efectos de constitución de las cooperativas limitadas se conceden a los que han cumplido dieciocho años; la prohibición de que el personal trabajador no asociado sobrepase determinado porcentaje y las normas procesales de los órganos de soberanía y administración. Si la «gestión democrática» es también susceptible de importantes matizaciones ¿cuáles son las diferencias?

El *retorno cooperativo* es, aparentemente, una de las más importantes, al significar en su aspecto positivo la obligación de distribuir los excedentes netos en proporción al trabajo realizado, a la producción; y en el negativo la prohibición de repartirlo a prorrata del capital aportado, módulo esencial en una anónima. En la cooperativa el capital—del que no puede prescindir—sólo puede percibir una renta, un interés, no un dividendo. El beneficio o excedente se determina deduciendo los anticipos laborales abonados a los socios trabajadores en cuantía idéntica al salario mínimo interprofesional, entre otros conceptos. Nos referimos, naturalmente, a los beneficios distribuibles. Una cooperativa que no puede efectuar anticipos laborales en la cuantía indicada no se considera viable, procediendo su descalificación. Aunque en el terreno doctrinal el tema es polémico, en el real y pragmático, nos hallamos ante el reconocimiento de un salario para el socio trabajador. Tenemos, pues, en las cooperativas, salario, renta para el capital y dividendo para los socios no proporcional al capital.

Si comparamos tal estructura y resultados con los de una SAL y, de momento, excluimos el problema FUL, vemos que la diferencia funda-

mental es que en las SAL el dividendo es proporcional a las acciones, pero como éstas sólo pueden ser poseídas por los socios por igual, o en cuantía proporcionada a su categoría profesional, módulos ambos perfectamente ortodoxos, de hecho los resultados no difieren.

Consideraciones muy similares podrían hacerse respecto a los *derechos políticos*. Y respecto a la *naturaleza abierta* y *capital variable* que se reputan característicos de las cooperativas, hay que decir que si en determinadas clases de ellas, entre las que figuran las de producción, la «apertura» es susceptible de ser tamizada con arreglo a la finalidad social, exigiendo determinadas cualidades personales y número proporcional de asociados, resultan casi tan «cerradas» como las anónimas en las que mediante exigencia de requisitos personales, acciones nominativas y drásticas sindicaciones, se produce una remodelación que las aproxima considerablemente a las sociedades personalistas, conservando casi sólo el nombre de anónimas. Y con relación a la variabilidad del capital, ya reconocida en las legislaciones extranjeras y apuntada legalmente, aunque no desarrollada en la española, aunque implique ciertos dispositivos diversos, o aditamentos complementarios, ello no deviene un problema considerable. Baste observar cómo lo resuelven las SAL con un instrumento tan poco adecuado, a simple vista, como es una Fundación.

En ambos tipos de entidades el *ejercicio de una empresa* es, normalmente, su objetivo y aunque el ánimo de lucro no es elemento esencial, sobre todo interpretado *strictu sensu*, sí es común y corriente. Otra cosa es el *espíritu empresarial*, indispensable en ambas entidades, pues sin él son como sacos vacíos que no pueden tenerse en pie. Es inherente a personas físicas e implica inclinación al riesgo que, como ha dicho LANZA en sus maravillosas crónicas, es el aspecto fascinante del amor, ese placer que el Partido Comunista de Alemania ha recordado a sus seguidores que era el más antiguo, económico y perfecto instrumento de pasar el tiempo libre. Y el riesgo es también una de *le piu belle fra le cose belle della vita*. Observa también, melancólicamente, que en este frágil mundo occidental disminuye el amor al riesgo. El funcionario, el técnico, el asalariado, que prefieren la estabilidad y el horizonte despejado, al riesgo que, en el improbable caso de ventura, significa botín y gloria, van dominando en esta civilización de «todos funcionarios», abocada a la maximización de placeres materiales, fragmentada ideológica y socialmente, que está dimitiendo de su capitanía rectora en favor de mundos jóvenes en los que no ha menguado el espíritu de lucha y que, en su día, pondrán su espada en la balanza de la historia. Es el capítulo de la grandeza

y la decadencia de las civilizaciones lo que va a escribir la próxima generación, como dice LONGONE (25).

Hay que interrumpir a la imaginación, la loca de la casa, y volver a la prosa. Respecto a la mayor facilidad de *acceso al crédito privado*, ya hemos anotado antes el reconocimiento expreso efectuado a las Cooperativas para la emisión de obligaciones. Pero es dudoso que las entidades financieras, su más corriente fuente, dejen deslumbrarse por la superposición de plumaje de pavo real. Se tiene la impresión de que cooperativas y SAL no tienen en cuenta la ineludible necesidad de adaptarse al sistema económico que las rodea, que constituye su ambiente, y prescindir, de momento, del que se estima ideal o futuro. No reconocer al capital como aliado y darle el trato de enemigo o sólo tolerarlo, parece un grave inconveniente para su desarrollo. Bien es verdad que la historia nada demuestra, pues tiene ejemplos para todo.

La eliminación de la *indisciplina*, la *jerarquización* son, en gran parte, circunstanciales, aunque es lógico suponer que en entes con socio-trabajadores deba notarse un absentismo laboral inferior al que constituye el índice normal en las empresas y tal vez una mayor responsabilidad al elaborarse los convenios colectivos. Las consecuencias de tales hechos son inculcables tanto en las esferas económicas como sociales, a largo plazo.

LLUIS (26) señala que el rasgo más esencial que separa las cooperativas de las sociedades mercantiles laborales es, fundamentalmente, el acto formal de someterse a una u otra legislación. No parece ni una exageración excesiva ni una *boutade*. Si las estructuras y dispositivos detallados se han mostrado relativamente próximos, tenemos la impresión de que los efectos son casi idénticos.

Se nos ocurre pensar si no palpita en el fondo de las SAL un ansia de libertad, de no intervención, después de muchos años de ver excesivamente controladas las cooperativas. La ley reciente lo reduce considerablemente, pero todavía subsiste y se nota, en especial en la «homologación» o previa aprobación administrativa de normas, parecida a la judicial que para las anónimas se conserva en algunas legislaciones europeas, mientras que en líneas generales este residuo del *octroi* se puede considerar desaparecido. Pero aunque la específica autorización gubernamen-

(25) LONGONE, Pierre: «Le grand tournant démographique et la démission de l'Occident», en *La nouvelle Rev. des Deux Mondes*, núm. de agosto de 1975, página 325.

(26) *Op. cit.*, vol. I, pág. 127. Y en la anterior declara compartir la opinión de AMORÓS, que admite la posibilidad de constitución de sociedades que objetivamente reúnan las características de las cooperativas sin estar sometidas a su legislación.

tal se abandona, no se prescinde de toda formalidad. El ritual vigente del reconocimiento o autorización es la inscripción en un Registro. Claro que en materia de Cooperativas, como en otras, éstos han proliferado.

VIII. EL *INTUITUS PERSONAE* Y EL *IUS OPTANDI*

Así como una sociedad personalista, y aun limitada, es de fácil adaptación tanto en la primera materia suministrada como en los fines pretendidos, lo que normalmente se utiliza para una cooperativa de producción, la adaptación de las normas de una anónima a una Sociedad Laboral es tarea minuciosa, que requiere previa impregnación tanto de reglamentos como de espíritu, en evitación de violencias o contorsiones. Aunque las anónimas actuales, con su multiplicidad de facetas orgánicas, se hallan en muchos estadios de aquéllas del paleo-capitalismo que, al decir de Mossa (27), se habían limitado a provocar «una cosa literaria» en nuestros Códigos ochocentistas, no obstante, puede decirse que «existe un verdadero *status* de S. A. y de socio de S. A.» Y aunque Rubio (28) considera incorrecta la utilización del término *status*, lo reputa perfectamente gráfico y delimitativo. Pero llega un momento en que es tan profundo el distanciamiento del *status* que llega a dudar si nos hallamos ante una S. A. o ante un ente híbrido o desnaturalizado que utiliza abusivamente tal denominación. Nunca la flexibilidad de dispositivos puede sustituir elementos esenciales o cambiar determinada naturaleza.

Y con estas reservas previas penetramos en el examen de las características más destacadas de las SAL en relación con las clásicas S. A.

En una sociedad anónima en la que el *intuitus personae* desempeña un papel fundamental es imprescindible que las acciones sean *nominativas*. Ello ocurre tanto en una sociedad de panaderos, enfermeras, montadores, como en las SAL en la que los socios se hallan vinculados a la empresa que ejerce mediante contrato laboral y aun de cierta antigüedad. En todo momento debe ser comprobable la identidad de los accionistas y la concurrencia en ellos de los requisitos o circunstancias objetivas exigidas estatutariamente.

En las SAL todos los trabajadores, calificados con dichos requisitos, *tienen derecho a ser accionistas*. Si ello además implica un *deber*, su imposición no puede dimanar de los Estatutos, sino del contrato laboral. Si, en cambio, corresponde a los Estatutos determinar, en los casos en que

(27) Mossa, Lorenzo: *Tratatto del nuovo Diritto Commerciale*, vol. IV, página 30.

(28) Corso de Diritto de S. A., edición de 1974, pág. 103.

la titularidad de acciones no se imponga como igualitaria y sí como proporcional a determinada categoría (sea antigüedad u otros requisitos), la posibilidad de aquel a quien corresponda en méritos de alteración pasar a ocupar categoría superior, y no adquirir las acciones correspondientes a la misma, ser sancionado con la enajenación forzosa de todas. O sea, en el caso de rechazar la oferta de adquisición que haya podido efectuarse.

Las *alteraciones de capital* es muy difícil que en sociedades de plantilla importante y movimiento frecuente de personal puedan resolverse cómodamente a través de las adquisiciones y enajenaciones reguladas en el artículo 47 de la L. S. A. o las complejas normas de reducción, en las que la garantía de los terceros se halla omnipresente, o mediante constantes e incómodas ampliaciones de escasa cuantía. Por ello se recurre a un elemento estabilizador, una Fundación u otro ente-comodín, controlado por la sociedad o, tal vez mejor, por socios de la misma no calificados por su nomadismo, cuyo patrimonio en su totalidad, o en gran parte, se halle integrado por acciones de la SAL, el cual debe cuidar de la fluidez de adquisiciones y suministros al compás de las alteraciones de plantilla.

Ya hemos visto que las SAL utilizan una «Fundación», cosa que causa un cierto estupor a los que tenemos imbuido, en el fondo de nuestro ánimo, un temor reverencial para tal clase de personas jurídicas. Nos parecería más adecuado—para los acostumbrados a estructuras capitalistas—una pequeña sociedad de inversiones cuyas acciones fueran totalmente poseídas por la SAL. El tema queda reservado para posterior examen, pues es merecedor de ello.

Los aumentos de capital, bien déban su origen a acuerdos de la Junta General, a las autorizaciones que para los mismos pueda haber concedido al Consejo en méritos del artículo 96 de la L. S. A. o a simple ejecución por éste de los acuerdos de aquélla, en una o varias fechas, por *tranches*, dentro de un plazo máximo (lo que implica unas reales acciones en cartera), cosa posible según opinan clarísimamente BÉRGAMO, DE LA CÁMARA y SÁNCHEZ ANDRÉS, producen teóricamente el nacimiento de un *derecho de suscripción preferente*, un *ius optandi*, para los antiguos accionistas y en proporción a sus titularidades. Tal derecho, en principio, es incompatible con los propósitos del aumento: dar entrada a nuevos socio-trabajadores, en términos generales. Es el primer momento de perplejidad: ¿Debe entenderse incompatible tal derecho con la esencia de las SAL? ¿Tal vez prácticamente renunciado por el solo hecho de señalar los Estatutos el número máximo de acciones que cada socio puede poseer? ¿O acaso contiene el enunciado estatutario una implícita renuncia del derecho

de suscripción preferente con una casi ilimitada autorización para aumentos?

Hay que tener presente que los contratos de trabajo son materia de competencia exclusiva del Consejo u órgano de Administración, sin que se admita inmisión de la Junta en esta materia, pese a su pretendida soberanía. Los problemas de no acceder ésta a aumentos motivados por nuevos contratos laborales celebrados por aquélla son ciertamente complejos. El tema es tan beligerante y se presta a tantas lucubraciones que acaso lo más procedente sea solventarlo por vía indirecta.

A diferencia de la orientación predominante en las legislaciones europeas y específicamente de la italiana (cuyo art. 2.441 del Código civil admite su supresión o limitación) y apartándose del Anteproyecto, que permitía su exclusión o reducción, nuestra L. S. A. considera en sus artículos 39 y 92 el derecho de suscripción preferente como uno de los más importantes del accionista.

Sin perjuicio de criticar tal postura, son muchos los autores que vista la omisión de la ley en relación con el Anteproyecto, lo consideran «intangible». URÍA (29) lo estima esencial, uno de los cuatro que constituyen el contenido mínimo y esencial de toda acción, hallándose configurado en términos absolutos e imperativos que no admiten pacto contrario. Y en el propio sentido se manifiestan BROSETA (30), ALVAREZ ALVAREZ (31), SÁNCHEZ CALERO (32), SÁNCHEZ ANDRÉS (32 bis), éste con profundos y originales argumentos, y otros muchos.

El fundamento del *ius optandi* se halla en el mantenimiento del *statu quo* de otros derechos de los accionistas, que podrían verse gravemente perjudicados, no sólo en el aspecto económico, paliable mediante emisiones con prima, sino respecto a cómputos para ejercicio de los de convocatoria de Juntas Extraordinarias, ejercicio de acciones de responsabilidad contra Administradores, derechos políticos en general y otros diversos, cuyo detalle completo resulta de SÁNCHEZ ANDRÉS. Y aunque tal *ratio* resulte muy diluida en una SAL, continúa en vigor el derecho por ella originado, pues las normas de la L. S. A., a las que se ha acogido, le son íntegramente aplicables.

(29) *Comentarios*, I, pág. 405.

(30) *Manual de Derecho Mercantil*, ed. 1973, pág. 208.

(31) «Ejercicio de derecho de suscripción preferente», en *A. D. C.*, 1964, páginas 298 y ss.

(32) *Instituciones de Derecho Mercantil*, ed. 1973, pág. 208.

(32 bis) La obra de SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: *El derecho de suscripción preferente del accionista*, aparecida recientemente, Madrid, 1974, «Ediciones Civitas de la Revista de Occidente», es excepcional en calidad y profundidad. A estos temas hace referencia en la pág. 67.

Pero tales criterios absolutos respecto a su inderogabilidad admiten, incluso ordinariamente, algunas excepciones: aumentos mediante aportaciones *in natura*, aumentos motivados por fusiones y los dimanantes de emisión de obligaciones convertibles. RUBIO (33), que, entre otros, ha analizado seriamente tal problema, estima que en el último de los citados casos es categórica la existencia del derecho de suscripción preferente bien en el momento de la emisión o en el de la conversión; respecto al primero considera que su supresión podría facilitar un instrumento fácil para abusos de la mayoría. Y no olvida destacar que la misma doctrina italiana ha subrayado la necesidad de una interpretación restrictiva de las normas legales que admiten renuncia o limitación.

La Ley de S. R. L., de acento capitalista, en su artículo 18 ya admitió la proscripción de tal derecho y GIRÓN (34), en ya viejos tiempos, aceptó que una renuncia en los estatutos fundacionales no era contraria al orden público ni a los intereses de tercero. Recientemente, DE LA CÁMARA (35) y BÉRGAMO (36) dan una interpretación más flexible a tales disposiciones, estimando la posibilidad y licitud de una cláusula estatutaria que autorice a la Junta para ofrecer directamente a terceros las nuevas acciones. Y BÉRGAMO, además, indica la posible validez de una abdicación universal en los estatutos iniciales, debidamente justificada. Señala dos requisitos: Que el logro de los fines propuestos depende rigurosamente de la supresión del derecho de suscripción preferente; y excepcionalidad, en el sentido de que sin esta supresión no pueda satisfacerse el interés social.

Parece que BÉRGAMO haya tenido *in mente* el problema de las SAL, cuya finalidad específica es precisamente la de asociar a los vinculados con la empresa mediante contrato laboral, presentes y futuros, sin que sea estimable la merma que puedan sufrir otros derechos. Ello hace inevitable y hasta institucional una abdicación del repetido derecho de suscripción preferente, siempre que el aumento se ciña a la indicada finalidad: el acceso de nuevos socios, o alteración de categorías conforme al módulo estatutario.

El enunciado problema de que la Junta no acceda al aumento, habiendo trabajadores con derecho a ser socios, escapa de nuestro ámbito. El ejercicio de las acciones que puedan corresponder a accionistas minoritarios o a los trabajadores en tales condiciones de asociarse, pertenece a la esfera judicial.

En definitiva, como ya decía IHERING (37) en sus autocríticas a la

(33) *Op. cit.* en nota 28, págs. 369 y ss. También ALVAREZ, *op. cit.*, nota 31.

(34) *Derecho de Sociedades Anónimas*, ed. 1952, pág. 490.

(35) *Estudios de Derecho Mercantil*, 1972, vol. II, págs. 57 y ss.

(36) *Las acciones*, 1970, vol. II, págs. 545 y ss.

(37) *El fin en el Derecho*. Trad. L. RODRÍGUEZ. Diversos puntos.

jurisprudencia de conceptos, el fin es el motivo permanente del derecho y los motivos prácticos de las instituciones, las necesidades concretas que satisfacen, se sobreponen a las dimensiones geométricas y algebraicas de las creaciones conceptuales. El médico no prescribe el mismo remedio a todos los enfermos, sino que lo adapta a una determinada enfermedad. Y en nuestro caso creemos holgadamente justificada la aceptación del criterio detallado y su carácter excepcional, mediante la cual queda satisfecho un interés señaladamente legítimo, aunque con ello se infrinja una pretendida regla lógica, sobreponiendo el realismo al formalismo.

IX. LAS LIMITACIONES DISPOSITIVAS ESTATUTARIAS

Este tipo de sociedades «cerradas» en las que, como diría GARRIGUES (38), lo que cuenta no es el capital sino la persona, en las que los socios se valoran por lo que son y no por lo que aportan, de forma que el *intuitus personae* predomina sobre el *intuitus pecuniae*, además de acciones nominativas requieren considerables *limitaciones dispositivas*.

No obstante, es de esencia a la acción su transmisibilidad, punto sobre el que la coincidencia es general, derecho en principio inderogable que no impide su limitación o condicionamiento, pero siempre en términos «razonables», o sea, que tales limitaciones no constituyan prohibiciones de disponer disfrazadas, bien por su complejidad, su falta de regulación procesal adecuada, por no permitir al transmitente obtener el valor real de sus acciones u otras causas que hagan difícil u onerosa la transmisión.

Ya hemos reiterado que las sociedades mercantiles colectivas o limitadas son inadecuadas, normalmente, para sociedades laborales importantes, dado su marco legal y efectivo de limitado de número de socios y cuantía de capital en las S. L. y además por sus formalidades de ingreso y separación de socios, poco ágiles y algo onerosos. Se echa de menos en España una norma propia para estas «Sociedades Anónimas Personalistas», algo así como una «Limitada por Acciones» que se adapte a este tipo de entidades que son, sin duda, considerablemente mayoritarias en nuestra patria en la que predomina el capitalismo modesto y las grandes anónimas «luteranas» se cuenta sólo por centenares. La L. S. A., propia para éstas, encaja difícilmente a aquéllas, pero han debido amoldarse y aparte de las restricciones voluntarias entre grupos de socios, que dan lugar a los convenios extra-sociales o para-sociales de sindicación, han adquirido auge considerable las *limitaciones estatutarias* amparadas por el artículo 46 de

(38) Prólogo a la obra de BROSETA que se cita en la nota siguiente.

la L. S. A., que les da plena eficacia al disponer «que serán válidas frente a la sociedad».

Lamentablemente, a falta de orientaciones legales, como ocurre en la L. S. R. L., la práctica nos muestra unos dispositivos variadísimos, a veces engendros que no responden ni a los principios consignados para su validez y en los que aquel derecho de preemción que PEDROL, siguiendo a PALÁ, caracterizó como el tanteo en el que el precio se fija sin tener en cuenta para nada lo que hayan podido convenir cedente y cesionario, se entremezcla y confunde con reales tanteos, amalgamados con retractos, nulidades y anulabilidades, normas procesales o que se inmiscuyen en el derecho procesal, y aun en el sucesorio, imponen suspensiones incomprensibles de derechos de socio, etc., en un revoltijo impresionante.

Escapa a nuestro estudio si las acciones al portador pueden ser objeto de tales limitaciones estatutarias, materia estudiada en una excelente monografía por BROSETA (39), y aunque matizada agudamente desde el punto de vista práctico por GARRIGUES en el prólogo de la propia obra, hay que reconocer los graves inconvenientes que para la circulación de las acciones al portador producen tales limitaciones: la primera dimana del desconocimiento teórico del titular actual y su domicilio a efectos de notificaciones, que hay que practicar mediante anuncios, salvo imponer un Libro-Registro y sancionar la falta de inscripción como renuncia tácita al derecho. Con ello viene a producirse una práctica identificación de acciones nominativas y al portador, perceptible en otros muchos aspectos. Hay que reconocer un valor extraordinario a las argumentaciones de BROSETA.

Por lo demás, como todos los Estatutos de SAL examinados imponen acciones nominativas, el problema de las posibles con acciones al portador de momento carece de interés excesivo. Por ello podemos dirigir nuestros pasos hacia la forma de montar un *rápido y eficaz sistema de transmisión* que no haga inefectivas las limitaciones estatutarias. Transmisión entre socios, cuando sea posible, o entre éstos y la Fundación o entidad-comodín.

En orden a tal finalidad hay que establecer, ante todo, que las acciones y sus títulos se hallarán permanentemente depositadas en la propia sociedad (o establecimiento por ella delegado, pero a su disposición) y conferir estatutariamente mandato representativo al órgano de Administración para que, en caso de transmisión forzosa, que apreciará discrecional e inapelablemente, el obligado a transmitir—socio cesante o herederos

(39) *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones*, Madrid, 1953. En especial págs. 85 y 95 y ss. La anterior cita de PEDROL RÍUS se refiere a su artículo «Cláusulas estatutarias restrictivas...», *Revista de Derecho Privado*, 1949, pág. 734.

del fallecido, por lo general—que, requeridos, no efectúen la transmisión dentro del plazo señalado estatutariamente, pueda realizarla directamente la Administración levantando el depósito constituido. Todo ello sin perjuicio de que la sociedad a los miembros de tal órgano puedan ser demandados y condenados, en la forma procedente, en el caso de no ajustarse su actuación a las normas estatutarias.

Con ello se evita la negativa del fedatario mercantil a intervenir la operación, ya que a tenor de lo dispuesto en el Decreto de 30 de junio de 1967, en sus artículos 64, 65 y 139, tiene derecho a exigir la entrega de los efectos objeto de la misma y la justificación de su legítima propiedad.

Sin perjuicio de que el precio pueda ser fijado libremente, los estatutos deberán ofrecer estimación subsidiaria. Es conveniente un leve examen de los sistemas comúnmente utilizados:

a) *Nominal de las acciones*.—Sólo debe considerarse que contra el mismo no cabe impugnación cuando el valor real sea igual o inferior al nominal. Se ve utilizar, lamentablemente, con frecuencia excesiva, incluso en varias SAL, tal vez por la escasa trascendencia que en las asociaciones de espíritu cooperativo se da a las aportaciones-capital. Por escaso que sea el desarrollo de una sociedad el valor real superará al nominal y tal cláusula implicará una verdadera expropiación. Por ello debe estimarse impugnable.

b) *Pericial o Arbitral*.—Teóricamente el más aceptable, pero en la realidad es procedimiento de determinación lento y oneroso. Además, la mala fe de una de las partes puede retrasar considerablemente la ejecución de la operación con el consiguiente perjuicio para la otra. Todo ello incluso siendo «razonables» los presupuestos procesales.

c) *Por la Junta General o la Administración y para un caso concreto y actual*.—No tratándose de adquisiciones para la propia sociedad, en cuyo caso entraría en juego el artículo 1.449 del Código civil, ya que el precio quedaría al arbitrio de una de las partes, teóricamente equivale al caso consignado en el apartado anterior: fijación por un tercero. En la práctica es procedimiento peligrosísimo y discutible, caso de «rasgarse el velo».

d) *Por la Junta General y para un período futuro, por ejemplo, el ejercicio siguiente*.—Es uno de los sistemas más recomendables y, salvo alguna excepción, el de mayor sentido de equidad e imparcialidad, con las observaciones siguientes: posibles consecuencias fiscales, discutible posibilidad de anulación o impugnación por los que no hayan votado a favor o no asistentes, caso de adquirir las acciones la Sociedad. En las transmisiones forzosas—y las de las SAL en realidad todas lo son—el procedimiento aparece como algo nebuloso.

e) *Según balance*.—Si los balances reflejaran la realidad, serían procedimientos ideales de determinación. La doctrina, no obstante, los considera anulables o impugnables, siempre que el enajenante no haya votado a favor del balance.

f) *Capitalización de dividendos*.—No puede estimarse que reflejen todos los beneficios—parte de ellos normalmente obrarán en reservas—ni las perspectivas de la sociedad. Uno de los más deficientes.

g) *Cotización bursátil*.—No son muchas las sociedades cuyas acciones se cotizan en Bolsa. En el caso de que ello ocurra será procedimiento excelente, pues si no el valor real, sí facilita el valor de mercado. Pero las SAL, con sus restricciones dispositivas, tienen prohibido y renunciado el acceso a Bolsa y mercado.

h) *Sistema complejo*.—En uno de los Estatutos de SAL examinados, hallamos una cláusula redactada, aproximadamente, en los términos siguientes: «Al cesar en la calidad de productor o trabajador de la sociedad, el Consejo de Administración invitará al accionista a ceder sus acciones a la Fundación o a otra persona por el precio que anualmente, en la Junta Ordinaria, se fijará y regirá para todo el ejercicio siguiente, o sea, hasta la celebración de la siguiente Junta Ordinaria. De no efectuar tal enajenación en el plazo de cinco días, la realizará en su nombre el propio Consejo, el cual se entenderá también apoderado para levantar por sí solo el depósito de acciones. El precio quedará a disposición del transmitente, el cual, si estimare que el valor señalado a las acciones difiere considerablemente del real, podrá exigir que su valor se determine mediante arbitraje de equidad, sin perjuicio de que la transmisión surta plenos efectos y teniendo, en su caso, la diferencia simple carácter de indemnización compensatoria.»

Los sistemas determinativos examinados, es obvio, no constituyen una relación exhaustiva. La realidad ofrece innumerables hipótesis.

Finalmente, también a título indicativo, estimamos de interés algunas observaciones a tener en cuenta, la mayoría de ellas relacionadas con la redacción de Estatutos:

Posibilidad de que enajenaciones voluntarias reúnan las condiciones requeridas estatutariamente; la imposibilidad de suspender o privar de derechos sociales a los accionistas, salvo en concretos casos a título de sanción por incumplimiento de obligaciones plenamente potestativas y aun no excediendo de límites «razonables»; la conveniencia de aclarar debidamente la posición de los jubilados; que los sucesores del fallecido continúan siendo accionistas mientras no se efectúe la transmisión de acciones; que las circunstancias especialísimas en que se desenvuelve el órgano de Administración, en especial en el proceso transmisorio, hace

conveniente que su actuación y la de la Sociedad, en general, quede cubierta con una cláusula arbitral muy completa; que cuando durante un ejercicio se transmiten acciones, los estatutos no pueden disponer que se abonará al transmitente la parte proporcional de beneficios del ejercicio, por parte de la Sociedad. Estos sólo quedan determinados al final del Ejercicio por la Junta Ordinaria, que fijará la cuantía de los distribuibiles.

Sin duda otras muchas observaciones podrían efectuarse después de la lectura de Estatutos de SAL, pero excederían, como algunas de las anteriores, del propósito específico, adentrándonos en el marco general de las S. A.

X. LAS FUNDACIONES LABORALES

Repetidamente nos hemos referido a las Fundaciones Laborales (FUL) en el curso de estas notas y creemos que ha podido destacarse nítidamente la triple función que asumen: las realizaciones asistenciales propias de los ideales cooperativos; las de elemento estabilizador, adquiriendo y enajenando acciones de la SAL, supliendo las complejidades, incomodidades o deficiencias de las normas de las S. A. relativas a alteraciones de capital y la empresarial, resultante de la titularidad inalienable de una participación considerable de la SAL. En algunos casos el 51 por 100.

Ya hemos indicado cuán sorprendente resulta todo ello para los acostumbrados a enlazar las fundaciones con fines de altruismo, liberalidad o de carácter estrictamente social. Sin duda lo consignado no se aparta, en términos esenciales, de tales finalidades, pero generalmente las fundaciones revisten una modalidad especialísima no perceptible en la detallada configuración que más parece recordar los «trusts» ingleses con su «trustee» y su titularidad de un objeto o un patrimonio en beneficio de terceros, o los «Anstalt», personas jurídicas aptas para todo, que, según GRECO (40), constituyen la expresión más avanzada de la técnica legislativa y la más moderna de las concepciones del pensamiento técnico-jurídico. Ambas, fórmulas que camuflan en verdes oropeles las antiguas «manos muertas».

La predisposición contraria a su actuación en el mundo mercantil dimana también del temor que inspira la intervención y protectorado que, con rigor y eficacia, se viene ejerciendo por los Ministerios de la

(40) «Le Anstalten del Liechtenstein nell'ordinamento italiano», en *Banca, Borsa e Tit. di Crédito*, 1971, I, pág. 233.

Gobernación, Educación y Agricultura sobre las benéficas y benéfico-docentes que parece limitar la capacidad de maniobra que requiere el ejercicio de las variadas funciones de las FUL.

Reguladas por el Decreto de 16 de marzo de 1961, y la Orden ministerial de 25 de enero de 1962, se han ocupado de ellas GALA VALLEJO (41), BADENES (42) y LÓPEZ JACOISTE (43), aparte los autores mencionados en los párrafos que anteceden. El primero tiene casi el sabor de una interpretación «auténtica»; el segundo destaca que la equiparación que se establece en el Decreto regulador respecto a las de beneficencia privada es solamente a efectos de protección legal, lo que representa una implícita distinción entre ambas; y el tercero, en un formidable estudio, detalla las múltiples funciones que se van asignando a este tipo de personas jurídicas, entre ellas la empresarial, y describe detalladamente el funcionamiento y estructura de la importantísima «Carl-Zeiss Stiftung», cuyo patrimonio se halla integrado por acciones de las empresas «Optical Zeiss» y «Glass Works», plenamente independientes. Traza la distinción de la faceta benéfica de la fundación, de la estrictamente empresarial, que no se confunden y mantienen incluso contabilidades separadas. Aunque estima que ello no significa que la Fundación pase a ser empresario, sin negar las cualidades que reúnen tales entes, en especial vista la moderna perspectiva y concepciones de la empresa, sí tenemos el pleno convencimiento de que la fundación adquiere un acusado tinte empresarial, lo que no debe representar la desvirtuación del esquema fundacional, pues las normas generales sobre tal tipo de entidades son en España tan reducidas, tan elementales, que tal vez puedan recordar las «Anstalt».

No debe dejar de consignarse, a propósito de ello, que en la Convención de Roma de 1967, celebrada a instancia de las Fundaciones Cini y Olivetti, no sólo se estudiaron los problemas que la inflación origina en su patrimonio, obligando a su supresión o a su transformación en empresas, señalándose los precedentes de las «Stiftung-Unternehmen» alemanas, la Fundación Ford y ejemplos ingleses y daneses, sino que también se aludió a sus posibles funciones como instrumentos de socialización.

Limitémonos a decir, sobre todo ello, que «eppur si muove»; funcionan realmente y cumplen los objetivos que, en vistas a las SAL, fueron elaboradas.

(41) «Las fundaciones laborales. Su base ideológica y planteamiento jurídico», *Cuadernos Previsión Social*, núm. 19, 1963.

(42) BADENES GASSET, Ramón: *Legislación de beneficencia privada*, Barcelona, Bosch, 1962, pág. 354.

(43) «Las fundaciones y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *Revista de Derecho Privado*, 1965, págs. 568 y ss.

Aunque no aprobadas ministerialmente pueden concurrir a la fundación de las SAL. Tal aprobación puede significar un reconocimiento a efectos de clasificación, pues la persona jurídica ya existe por la simple erección. Las funciones relativas a la adquisición y transmisión de acciones de la SAL, incluso por un precio que no es libre de fijar, deben considerarse de tipo asistencial, pues aunque detalladas expresamente en el artículo 1 del Decreto ordenador, lo cierto es que los Estatutos de las FUL las configuran casuísticamente, y merecen la aprobación del Ministerio.

En tales Estatutos, que son prácticamente uniformes, existen algunas cláusulas que producen estupor y cuyo fundamento parece ser el de cooperar en forma extraordinariamente benevolente a los fines sociales de a la SAL.»

Así: «El patrimonio inicial... consiste en la cesión a favor de la Fundación de los créditos que, individualmente, les otorgue el Patronato de Protección al Trabajo en los que la fundación queda subrogada». Tales préstamos, ya lo hemos consignado, se desvían de su finalidad concreta y su importe sólo en un 25 por 100 es aportado inicialmente a la SAL.

«La Empresa responderá con todos sus bienes presentes y futuros de las cargas de la Fundación».

En línea de general benevolencia ¿se interpretará que la concurrencia de una FUL en el accionariado de una SAL no implicará pérdida de los beneficios fiscales reconocidos a las sociedades laborales por la Ley General de Cooperativas?

VICENT CHULIA (44) que al hablar de los principios organizativos de las empresas declara su entusiasmo por la cogestión yugoslava y manifiesta «que es difícil concebir una subordinación del egoísmo de la empresa a las necesidades de la sociedad en general, sin una institucionalización de la empresa autogestionada dentro de la economía colectiva o planificación socialista» procede a rasgar el velo de este tipo de personas jurídicas al que parecen cuadrar perfectamente las expresiones de «paréntesis de lenguaje algebraico» de Ihering o «símbolo abreviado de un complicado grupo de relaciones» de Max Radin. Creemos de extraordinario interés anotarla como punto final de esta radiografía de la FUL.

«Problema esencial de las empresas obreras es el de su grado de democracia, que puede ser limitada, pero no suprimida o desvirtuada. En SALTUV la limitación se produce fundamentalmente en la composición de la Junta de Gobierno de la Fundación.

(44) *Instituciones Cooperativas y... Diversos apartados.*

Durante los diez primeros años los cargos de los cuatro fundadores orgánicos sólo pueden ser renovados mediante el acuerdo de los dos tercios de la Junta, es decir, con la necesaria concurrencia al menos de uno de los cuatro... De tal forma que estas cuatro personas, siempre que permanezcan unidas, controlan la Fundación y con ello también la Sociedad, mediante el voto correspondiente a las acciones que integran su patrimonio. Por otro lado, incluso después de dicho período, la representación de los grupos profesionales que integran el personal de la Junta de Gobierno es muy desigual...»

Con anterioridad ya hemos anotado que no todas las Sociedades Laborales utilizan Fundación. Y sus inconvenientes.

XI. INDICACIONES FINALES

Llega el momento de la andadura en que el caminante otea el camino recorrido y, revisando ánimos y equipo, se dispone a emprender el último tramo. Unas breves consideraciones finales.

Las SAL, que no han sido reguladas expresamente por la Ley General de Cooperativas, tal vez puedan asimilarse a ellas o ser reguladas indirectamente en un futuro Reglamento de dicha norma. Tal vez en el Reglamento del Registro Mercantil, cuya necesidad tanto se siente, se podrían interpretar más ampliamente normas de la SAL o cubrir vacíos de la misma señalados en los párrafos de estas notas. Si una Ley especial para las SAL no se percibe en el horizonte, normas adecuadas sólo pueden esperarse de una reforma de las LSA, en estado de gestación desde hace tiempo y que sin duda contendrá mayor flexibilidad y disposiciones más adecuadas a las necesidades y desarrollo social de nuestros días, muy distinto del de hace cinco lustros. Las leyes, se ha repetido, nacen viejas. La realidad ha desbordado previamente a las antiguas. Una Ley General de Sociedades es tarea compleja, aunque necesaria, que habrá que emprender.

Desde su configuración, en 1963, las SAL no han sufrido reestructuración importante. Sin duda en aquellos momentos la libertad y ventajas reseñadas situaban a las cooperativas en una posición de *handicap*. Pero éstas han sido objeto de una revisión y puesta al día verdaderamente profundas y lo que en su día fueron estridentes avances han quedado considerablemente minimizados. El armamento casi se ha equiparado.

Y es que al desenvolverse con carácter de empresas en un ambiente

de economía descentralizada, deben participar en la lucha por la supervivencia que se libra sin tregua.

Las cooperativas, como las SAL, si bien tienen la ventaja de que todos los elementos de la empresa participan en la defensa de «algo propio», al no prescindir de sus criterios de futuro tienen también sus facetas de inferioridad táctica. El lastre ideológico representado por los principios cooperativos y los servicios asistenciales, aunque sea en muchas ocasiones simbólico o nimio, constituye siempre un impedimento para un despegue normal. Sólo una vez producida la estabilidad y aun la prosperidad económicas deberían ponerse en práctica tales finalidades. Por otra parte, la poca atención, los escasos atractivos, cuando no el desdén declarado, que se ofrecen al capital privado les impide participar en determinados momentos y en amplias zonas empresariales.

BROSETA ya nos habla de las dificultades de asumir una industria «ex-novo»; otros hacen adecuadas las SAL para las «empresas rentables», cosa apta para todos los públicos; pero lo cierto es que «ex-novo» sólo es posible que las asuman a través de considerables esfuerzos y colaboración del crédito oficial; y que las que exigen duros inicios, con considerables inversiones, aunque se compensen con sabrosos beneficios, también les quedan excluidas. Normalmente se reputan aptas para aquellas en que constituyen monopolios de hecho, mediante concesiones administrativas, cartelización, «tied contracts», pactos de exclusiva u otros procedimientos, pues los hay múltiples.

En otras ocasiones son los puertos-refugio de empresarios altruistas y aún más de fatigados, o titulares de empresas sólo remontables con considerable esfuerzo, aunque de economía sana, en las que se calcula que la cuantía de las indemnizaciones por clausura superaría su activo.

Todas las fórmulas, y entre ellas las técnico-jurídicas empresariales, deben estimarse reconsiderables. Sistemas en los que predomina la intuición, lo emocional, parecen un reflejo social-mercantil de aquella jurisprudencia de sentimientos que DAHM elaboró para el derecho penal, y no son aptos para competiciones en las que se hallan en juego intereses considerables. La lucha es perenne y en la desordenada colisión no cabe la ventaja, lo coyuntural, lo orgánicamente inferior. Incluso Platón nos hablaba de que las medidas de trigo y vino son más grandes en los pueblos que compran que en los que venden.

Sin embargo, hay un atisbo indicativo de que tal vez no se haya extraído de las SAL todas sus posibilidades. Aun en su regulación actual, las cooperativas difícilmente podrán acudir a la financiación privada. Precisaré historia, tradición y perspectivas. En cambio las SAL tienen las puertas abiertas para admitir aportaciones de capital no oficial,

a título de accionista y con el incentivo que representa que los propios trabajadores de la empresa sean los restantes accionistas. Incluso podrían estipularse zonas de repartos de beneficios para el trabajo, bien en forma directa que complementara lo salarial, bien indirectamente, mediante asignar mayor participación a las acciones de aquella serie cuyos titulares fueran los trabajadores, que a la serie que agrupara a los aportantes de capital. En ningún caso los derechos políticos de éstos deberían superar los de aquéllos, con lo que el control de la administración no pasaría a manos del capital, sin perjuicio de las disposiciones relativas o «co-gestión».

Ello implicaría incurrir en el poco atractivo «accionariado popular», según hemos indicado, pero permitiría a la SAL ostentar otra vez la categoría de Empresa o Sociedad Piloto en una experiencia de colaboración de capital y trabajo, en un ensayo de superación orgánica de la estructura de la empresa, que acaso pueda producir interesantes resultados. Nunca es despreciable la proyección de un dispositivo de combate más eficaz en la concurrencia empresarial.

Es de anotar, finalmente, que tal fórmula u orientación, constituye el «leit motiv» de un proyecto de ley presentado al Parlamento por el Gobierno de Suecia, como complemento de su marcha hacia lo que se llama «el socialismo a la sueca»: el sacrificio de la libertad individual y en ocasiones de la dignidad de la persona por la seguridad, la igualdad o el bienestar obligatorio y planificado, que traducido al romance es la sustitución de la jungla por el «zoo» (45).

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ.

(45) Véase SALLERON, L.: «Le modèle suédois», en *Itinéraires*, núm. 193 de 1975. Comentarios a la obra de ROLAND HUNTFORD *Le Paradis Suédois*, París, 1974.

Notas sobre el usufructo con facultad de disponer

SUMARIO: I. *Referencia a su naturaleza jurídica*: 1. Doctrina.—2. Jurisprudencia.—3. Opinión personal.—II. *Ámbito de las facultades dispositivas del usufructuario*: 1. Usufructo con facultad de disponer para conseguir un fin concreto y determinado.—2. Usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad.—3. Examen de los actos dispositivos permitidos al usufructuario: A) Sobre los bienes usufructuados. B) Sobre el derecho de usufructo. C) Sobre la nuda propiedad.—III. *Posición del nudo propietario*.

El objeto de estas notas no consiste en estudiar exhaustivamente el llamado usufructo de disposición o usufructo con facultad de disponer. Nos ocuparemos, casi exclusivamente, de las facultades del usufructuario en orden a la realización de actos dispositivos sobre los bienes usufructuados, haciendo especial referencia a los problemas de inscripción de tales actos en el Registro de la Propiedad. Y todo ello contemplado a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Añadiremos unas breves consideraciones sobre la posición del nudo propietario.

I. REFERENCIA A SU NATURALEZA JURÍDICA

es

Resulta imprescindible, como punto de partida, hacer una somera referencia a la naturaleza jurídica de la figura.

1. Doctrina

Sintetizando al extremo, podemos distinguir en la doctrina las siguientes posiciones fundamentales:

1.1. La facultad dispositiva añadida al usufructo altera la naturaleza de éste, porque:

1.1.1. Lo convierte en un verdadero derecho de dominio. Así VENEZIAN (*Usufructo, uso y habitación*, T. I, pág. 275), al estudiar el legado de usufructo de un fundo, afirma que si al legatario se le concede el derecho a enajenar el fundo, sin que al mismo tiempo le sea impuesta la obligación de restituir el valor o precio al terminar el usufructo, habrá que reconocer en él un legado de propiedad, aunque haya sido calificado de usufructo.

1.1.2. Origina una figura nueva y distinta. Así BELTRÁN DE HEREDIA (*Revista de Derecho Privado*, año 1941, pág. 298): «Se constituye entonces, no un derecho de usufructo, sino un derecho real distinto en virtud del *numerus apertus*, que nuestra legislación admite en la constitución de los derechos reales».

1.2. La facultad de disposición añadida al usufructo no altera su naturaleza. Así opina ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado*, volumen II, pág. 79): «Al unirse la facultad dispositiva con el usufructo no surge un derecho nuevo y distinto del usufructo, sino que se produce un simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder de disposición al derecho de usufructo sin que éste quede desnaturalizado».

2. *Jurisprudencia*

Recogemos aquí, sin propósito exhaustivo, las declaraciones jurisprudenciales más significativas:

— Resolución de 23 de junio de 1905.

«El derecho concedido a un usufructuario para vender los bienes en caso de necesidad no altera la naturaleza del usufructo con relación a los bienes en que no haya hecho uso de aquel derecho, siendo la consecuencia que una vez extinguido el usufructo se entreguen al propietario los bienes sobre que recaía y que no hubiesen sido enajenados.»

— Sentencia de 28 de mayo de 1954.

«No se trata de un usufructo puro, sino de una institución más compleja, que al conferir al usufructuario el derecho de disponer de los bienes, pudiendo gravarlos y enajenarlos, le otorga esa facultad dominical... ejercitando un acto de dominio, distinto de los derechos que le asistían como usufructuario, pero coexistente con ellos por concesión especial y expresa de su causante.»

— Resolución de 8 de febrero de 1957.

«No se puede pretender identificar el usufructo con facultad de disposición y el fideicomiso de residuo, cualquiera que sean las analogías

que medien entre ambas instituciones y aunque en la práctica sea difícil su diferenciación, porque en dicho usufructo el titular tiene un *ius in re aliena*, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer *motis causa* y, además, porque el testador cuando desmiembra el derecho de usufructo y nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo e indirecto respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho.»

— Sentencia de 17 de mayo de 1962.

«De la unión del usufructo con la facultad de disponer no surge un derecho nuevo y distinto del usufructo, sino un simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo al derecho de usufructo, que en todo caso se conserva como un *ius in re aliena* que pesa sobre los bienes usufructuados, radicando el centro potencial en el patrimonio del heredero nudo propietario, que naturalmente lo conserva y transmite.»

Parece, por tanto, que según la jurisprudencia la facultad de disponer añadida al usufructo no altera la naturaleza de éste (Res. de 1905), ni lo convierte en pleno dominio, sino que continúa siendo un *ius in re aliena* (Res. de 1957 y Sent. de 1962), si bien no estaremos ante un usufructo puro, sino ante una institución más compleja (Sent. de 1954), en la que puede verse un acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo al derecho de usufructo (Sent. de 1962).

Quedan rechazadas las posturas doctrinales que asimilan la figura al dominio pleno o entienden que surge un derecho real distinto al usufructo. Parece aceptada la tercera postura, concretamente la tesis de ROCA SASTRE, cuyas palabras utiliza en parte la Sentencia de 17 de mayo de 1962.

3. Opinión personal

Personalmente, encontramos acertada la solución jurisprudencial. Procediendo por vía de eliminación, parece ser la única salida razonable, puesto que:

— si llevamos a sus últimas consecuencias la teoría de la asimilación al dominio, tendríamos que aceptar, por ejemplo, que si el usufructuario renuncia a su derecho y éste recae sobre inmuebles, los bienes hasta entonces usufructuados pertenecían al Estado como bienes patrimoniales (art. 21 de la L. P. E.), en lugar de entender que a consecuencia de la renuncia el nudo propietario se convierte en dueño pleno, que es lo que parece la solución correcta;

— y, por otra parte, el admitir que estamos ante una figura *sui generis* nos colocaría en difícil situación en aquellos casos en que el título constitutivo no establezca una regulación completa y detallada del nuevo derecho real creado al amparo del principio del *numerus apertus*, puesto que careceríamos de normas positivas a las que recurrir para llenar lagunas y deficiencias.

Ahora bien, aceptada la tesis de Roca tropezamos con la siguiente dificultad: ni en el trabajo de dicho autor ni en la Sentencia de 1962 (que recoge sus palabras) aparece claramente determinado cuál sea el nexo o lazo de unión entre el derecho de usufructo y la facultad de disposición, punto de capital importancia para el estudio de las consecuencias prácticas de las facultades dispositivas del usufructuario.

A nuestro juicio, la tesis de Roca adolece de falta de claridad en este punto. En efecto:

a) Por una parte, habla de yuxtaposición (yuxtaponer = poner una cosa junto a otra) de un poder dispositivo al derecho de usufructo, dando la impresión de que no ve más lazo de unión entre ellos que el que deriva de la identidad de su titular. «El usufructuario—dice—seguirá siendo un usufructuario, pero además tendrá una titularidad de disposición, la cual, en vez de ser atribuida aisladamente, es concedida a una persona que asimismo reúne la cualidad de usufructuario.»

Según esto, habría en nuestra figura un usufructo de contenido normal, por un lado, y unas facultades dispositivas concedidas al mismo titular del usufructo, por otro.

b) Por otra parte, habla de «acoplamiento», nos dice que es «evidente que de esta conjunción de usufructo con facultad dispositiva surge una figura de usufructo compleja», con lo que parece dar a entender que existe una unión íntima (distinta a la derivada de la identidad de titular) entre usufructo y poderes dispositivos. Unión que no hace perder al usufructo su naturaleza propia, pero que le convierte en usufructo de contenido distinto al normal.

Creemos que no es indiferente seguir una u otra de estas interpretaciones y, personalmente, nos inclinamos por la segunda. Entendemos que en el usufructo de disposición existe unión íntima entre usufructo y facultades dispositivas y clara relación de dependencia de éstas a aquél, aun reconociendo que no resulta, en absoluto, definitivo el único argumento que podemos alegar.

Veamos. La base legal para la admisión de esta figura en nuestro Derecho la proporcionan los artículos 470 y 467 del Código civil, según los cuales para determinar en cada caso los derechos y obligaciones del

usufructuario habrá que atender, en primer lugar, a lo establecido en el título constitutivo, el que puede resultar que el usufructuario no quede obligado a conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada. Como dice la Sentencia de 24 de abril de 1954, el legislador concede tanta importancia a la voluntad del constituyente que aun le permite derogar el principio tradicional *salva rerum substantia*, considerado como de esencia en este instituto jurídico.

Pues bien, partiendo de esto no encontramos obstáculo alguno que nos impida trasladar el ángulo desde el que ha sido tradicionalmente enfocado (o, al menos, explicado) el usufructo de disposición y entender que no existe aquí un usufructuario al que se haya concedido una facultad más (la de disponer), sino un usufructuario liberado de una obligación (la de conservar la forma y sustancia de la cosa). Y si se acepta este punto de vista, la consecuencia sería que la facultad de disponer no existe, en puridad, por sí, como algo separado del usufructo, sino que es una derivación o resultado de la desaparición de la obligación de conservar. O sea, que las facultades dispositivas corresponderían al usufructuario en cuanto tal, en cuanto es titular de un derecho de usufructo, cuyo contenido es distinto y más amplio que el ordinario porque así resulta de la voluntad del constituyente.

Este enfoque, que defendemos, nos permite dejar sentadas desde este momento dos conclusiones de interés:

— Las facultades dispositivas son inseparables del usufructo. Lo que quiere decir que no podrá el usufructuario transmitir a un tercero los poderes de disposición a él concedidos. (Tampoco adquirirá el tercero tales poderes en el supuesto de transmisión del derecho de usufructo, pero esto no se deriva de lo hasta aquí dicho y será estudiado más adelante).

— Las facultades dispositivas siguen la suerte del usufructo en cuanto a su duración y extinción. Si bien esto último con dos salvedades derivadas de la posibilidad (a que después nos referimos) de extinción de los poderes de disposición con independencia del usufructo, ya que entendemos que tales poderes se extinguen, aunque subsista el usufructo, en el caso de que éste sea transmitido y se agotan por su ejercicio o por la consecución del fin en atención al cual fueron concedidos.

II. AMBITO DE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DEL USUFRUCTUARIO

El título constitutivo del usufructo será, en todo caso, la única base o punto de apoyo con que podemos contar para determinar la mayor

o menor amplitud de los poderes dispositivos del usufructuario, puesto que sólo él puede originar y justificar tales poderes. Resultaría, por ello, inútil, dada su—teóricamente—extraordinaria variedad, intentar estudiar todos los supuestos que pueden presentarse. Nos limitaremos, por tanto, a examinar los dos tipos que creemos más frecuentes en la práctica.

1. *Usufructo con facultad de disponer para conseguir un fin concreto y determinado*

En este caso, los actos dispositivos del usufructuario sólo serán posibles cuando concurren las circunstancias previstas y para cumplir los fines contemplados en el título constitutivo.

Creemos que una sola regla de carácter general puede establecerse para estos casos: las facultades dispositivas desaparecen, se agotan o extinguen una vez conseguida la finalidad contemplada, haya sido o no necesaria la utilización o ejercicio de tales facultades para su consecución; lo mismo ocurrirá desde el momento en que la realización del fin previsto devenga imposible.

La Dirección General de los Registros ha tenido ocasión de ocuparse de un supuesto de este tipo en doce Resoluciones del año 1942 (9 y 28 de marzo; 17 y 28 de abril; 7 y 22 de mayo; 3, 19 y 27 de junio; 16 y 31 de julio y 11 de agosto, todas idénticas, motivadas por doce escrituras de venta otorgadas por el mismo usufructuario), que vale la pena examinar con algún detalle. Veamos.

En operaciones particionales se adjudican a la viuda determinados bienes en usufructo con facultad de vender la finca o fincas que fueren necesarias para establecer con su precio las misas que el causante había dispuesto en su testamento. La viuda adjudicataria otorga, entre el 21 de agosto y el 8 de noviembre de 1940, doce escrituras de venta que parece fueron presentadas en el Registro el mismo día o con muy pocos de intervalo.

El Registrador, según dice en su informe, «al encontrarse un número inusitado de ventas otorgadas por la usufructuaria, hizo examen de los libros y encontró muchas ventas anteriores» por un valor que consideró más que suficiente para estimar traspasados los límites impuestos a la usufructuaria. Y, basándose en esto, suspende la inscripción en cuanto a la nuda propiedad por entender que, estando limitadas las facultades para vender a la obtención de lo necesario para el establecimiento de aquellas misas, es indispensable para la eficacia de la venta que por los herederos se determine aquel límite o, por lo menos, presten su asentimiento a la enajenación.

Interpuesto recurso gubernativo, la Dirección resuelve confirmando la nota. Se basa fundamentalmente en que las ventas realizadas por la viuda «alcanzaron una cuantía que el Registrador estimó fundadamente que excedió de la necesaria para cumplir la última voluntad del causante», declarando que no hubo extralimitación en la función calificadora y que el poder dispositivo de la usufructuaria «aparecía agotado económicamente a consecuencia de haber otorgado otras ventas de bienes usufructuados».

En vista de las circunstancias de hecho concurrentes (que más adelante detallamos) nos parece acertada la solución del caso, pero no nos satisfacen en absoluto los argumentos esgrimidos por la Dirección General.

Lo que extingue el poder dispositivo del usufructuario es la realización o cumplimiento del fin previsto en el título constitutivo. Y si el Registrador ha de calificar la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulta de ellas y de los asientos del Registro, en nuestro caso ni del título ni del Registro resultaba que estuviera cumplida la finalidad para la que la facultad de vender fue concedida. Lo único que el Registrador conocía era la cantidad de dinero recibida como precio de las ventas anteriores y como ésta le parece más que suficiente para establecer las misas que el causante dispuso, entiende que el usufructuario no puede ya vender otros bienes. La Dirección General, por su parte, da entrada claramente al criterio personal del funcionario, al decir que tales ventas anteriores alcanzaron una cuantía que el Registrador *estimó fundadamente* que excedía de la necesaria para cumplir la voluntad del causante. O sea, ni el Registrador ni la Dirección General se preocupan de si el fin estaba o no cumplido; sólo fijan su atención en que la usufructuaria había conseguido con anterioridad dinero suficiente para cumplirlo. Por eso nos dice la Resolución que el poder dispositivo de la usufructuaria se había «agotado económicamente».

Nos parece que estos razonamientos desenfocan la cuestión. Creemos que tenía razón el Notario autorizante de la escritura cuando, en el informe que le fue reclamado, alega que «el Registrador no es el llamado a sacar cuentas de lo que hace falta para establecer una misa o dos» y señala los problemas que podrían surgir, partiendo de esta base, en el caso de fincas radicantes en distintos Registros y de ocultación del precio real para no alcanzar la cantidad tope que el Registrador pudiera conocer o calcular como precio del establecimiento de las misas. Además, a los efectos de extinción del poder dispositivo no es lo mismo el cumplimiento del fin que la obtención de dinero suficiente para ello. El mal uso que

del dinero obtenido pueda hacer el usufructuario no es fiscalizable por el Registrador, sino por los Tribunales a instancia de los nudo propietarios.

Ahora bien, concurrían en nuestro caso unas circunstancias que justifican claramente la solución. Doce escrituras en corto plazo de tiempo, diez de ellas otorgadas por un administrador-apoderado de la usufructuaria y otras dos por ésta a favor de aquél y, además, una instancia presentada en la Dirección General en la que los albaceas del causante manifestaban que la usufructuaria, octogenaria y enferma, había fallecido pocos días después de haberse otorgado las ventas «en avalancha y con precipitación», que pudo haber sido víctima de sugerencias en los últimos días de su vida y que se había entablado demanda contra los compradores, seis de los cuales se habían allanado a la petición de nulidad.

Después de todo esto, es fácil inclinarse a pensar que la voluntad de la vendedora había sido objeto de decisivas influencias, lo que quizá fuera la verdadera *ratio decidendi* del recurso. Es significativo que el considerando segundo de las Resoluciones califique de «interesantes» las alegaciones de los albaceas, aunque diga que no entra en su análisis.

En resumen: aunque la realización o logro del fin previsto extingue los poderes dispositivos, el Registrador no deberá denegar sino cuando ello resulte del título o del Registro. Por tanto, la calificación de los actos dispositivos deberá comprobar:

- si concurren las circunstancias que posibilitan el ejercicio del poder de disposición;
- si el acto dispositivo en concreto es adecuado para conseguir el fin previsto;
- si resulta del Registro haberse logrado ya la finalidad perseguida, aunque esto último no siempre será tarea fácil ni posible (por ejemplo, usufructo sobre fincas radicantes en distintos Registros).

2. *Usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad*

Constituye la modalidad más frecuente en la práctica. Se recurre a ella, generalmente, como medio hábil para proporcionar a una persona determinada recursos suficientes para atender a su decorosa subsistencia. Presenta indudables ventajas: las rentas del usufructo pueden ser, por sí solas, suficientes para cubrir las necesidades del usufructuario; las facultades dispositivas pueden ser ejercitadas cuando aquéllas resultaren insuficientes; y para los supuestos en que la disposición no sea precisa,

queda prefijado el destino de los bienes según la voluntad del constituyente.

La primera cuestión que podría plantearse consiste en concretar los supuestos de hecho que posibilitan el ejercicio del poder de disposición, puesto que así como no debe surgir problema alguno cuando aquéllos aparezcan claramente especificados en el título constitutivo, no ocurrirá lo mismo si, como es lo más frecuente, sólo se establece en el título que el usufructuario podrá disponer en caso de necesidad.

Afortunadamente, hace ya años que el Tribunal Supremo nos resolvió con acierto, a nuestro juicio, esta primera duda. Las conocidas Sentencias de 10 de julio de 1903 (usufructuario autorizado para vender o disponer de los bienes si lo necesitase), de 14 de abril de 1905 (usufructuario autorizado para disponer en venta de los bienes en el solo caso de necesitarlo para atender a su decorosa subsistencia), de 8 de marzo de 1926 (usufructuario autorizado para vender en caso necesario, sin necesidad de justificarlo) han sentado la doctrina de que la determinación y graduación de la necesidad queda a los dictados de la conciencia del usufructuario, quien puede apreciar libremente si es o no llegado el caso de hacer uso de la facultad de disponer, sin que sus actos dispositivos puedan ser impugnados por la circunstancia de no haberse justificado aquella necesidad.

Por su parte, la Dirección General de los Registros ha mantenido el mismo criterio en repetidas ocasiones (Resoluciones de 8 de marzo de 1865, 21 de marzo de 1901, 19 de diciembre de 1905, 22 de febrero de 1933). La última de ellas, que citamos por todas, declara que «en el caso de que exista un heredero usufructuario facultado por el testador para enajenar por motivos de necesidad, achaques, enfermedades y otros semejantes, no puede exigirse la justificación de la causa, que queda a la apreciación y conciencia del heredero, sin otras limitaciones que las del dolo o abuso, que tendrán que ser objeto de las acciones correspondientes ante los Tribunales de Justicia».

Añade esta Resolución que «en la Sentencia de 10 de julio de 1903 queda claramente sentada con carácter objetivo esta doctrina, que no puede desvirtuarse al hacer aplicaciones subjetivas, distinguiendo según que el usufructuario sea el cónyuge del testador u otro heredero forzoso o voluntario del mismo, porque ello llevaría a desnaturalizar todo el contenido jurídico de la tesis, basada en la confianza depositada por el testador en el heredero».

Bien. Después de todo esto, parece posible entresacar algunas consecuencias de tipo práctico:

a) En primer lugar, contamos con una regla del mayor interés: la apreciación de la existencia del caso de necesidad es facultad personal y exclusiva del usufructuario. Y de ella deriva claramente, puesto que no es más que el otro lado de la moneda, la de que no podrá éste atribuir a un tercero la facultad de decidir sobre la oportunidad de la disposición. Pero surgen algunas cuestiones:

— ¿Qué ocurre si el usufructuario es menor de edad o está incapacitado? Creemos que la única salida aceptable es la de admitir que la apreciación de la situación de necesidad corresponderá, en tal caso, al titular de la patria potestad o al organismo tutelar, aunque ello parezca conculcar el carácter personalísimo que antes atribuíamos a esta apreciación. No entenderlo así nos llevaría a la conclusión de que los poderes dispositivos no podrían ejercitarse durante el período que dure la incapacidad, o sea, precisamente durante el tiempo en que, por su situación personal, mayores dificultades encontrará el usufructuario para atender a su subsistencia, lo que parece contradecir abiertamente la finalidad que se persigue con la figura que nos ocupa. (Se presenta aquí una cuestión relacionada con este tema, que sólo podemos apuntar: la de si, dadas las obligaciones legales derivadas de la patria potestad, cabe o no la posibilidad de que el usufructuario a ella sujeto se encuentre en situación de necesidad mientras el padre o la madre gocen de bienes o rentas suficientes para atenderlo.)

— ¿A quién corresponde la decisión sobre la oportunidad de la enajenación en el caso de usufructo atribuido conjuntamente a dos o más personas? El problema puede surgir cuando la situación de necesidad se produzca en cuanto a uno de los usufructuarios y no en cuanto a los demás. Estos últimos no podrán disponer por falta de causa legitimadora, pero las facultades dispositivas del primero no pueden quedar pendientes de la situación económica de los restantes usufructuarios. Pensamos por ello, aunque la solución sea dudosa, que el usufructuario necesitado podría disponer de una parte indivisa de los bienes, proporcional a la participación que le correspondiera en el usufructo.

— ¿Cabe que la apreciación del caso de necesidad sea atribuida por voluntad del constituyente a persona distinta del usufructuario? No encontramos inconveniente alguno para la contestación afirmativa y nos parece, además, que puede ser ésta una buena solución para los casos de incapacidad del usufructuario.

La Resolución de 21 de agosto de 1894 se ocupó de un caso de este tipo: el testador ordenó un legado de usufructo con facultad de vender «llegado el caso de suma necesidad», circunstancia que habría de apreciar cierta persona designada por el propio testador; la Dirección General en-

tiende cumplido aquel requisito «puesto que la causa alegada para la venta ha sido implícitamente estimada como bastante por doña... (la persona designada por el testador) en el mero hecho de haber intervenido en el contrato (de venta) en calidad de compradora».

Esta Resolución parece resolver también el problema de si la persona a quien corresponde apreciar la situación de necesidad puede o no adquirir los bienes sobre que recaiga el usufructo de disposición.

b) En segundo lugar, tenemos el problema de si la situación de necesidad, aunque no haya de ser probada, debe ser alegada a los efectos de inscripción del acto dispositivo. Creemos que sí porque tal alegación constituirá el único dato que nos permita constatar que la situación fáctica, que legitima la disposición, ha sido valorada o juzgada por el usufructuario o por la persona a quien, en su caso, pueda corresponder esta facultad. De aquí que, en nuestra opinión, si el usufructuario pretende actuar por medio de representante, será necesario que el poder se refiera a bienes determinados y que en él se alegue la situación de necesidad. Incluso pensamos que un poder de este tipo debe ser usado dentro de un plazo prudencial, puesto que la situación de necesidad debe existir en el momento de otorgarse el acto dispositivo.

c) En tercer lugar, interesa recordar que la libertad de que goza el usufructuario en cuanto a la apreciación del caso de necesidad no quiere decir que el nudo propietario quede totalmente indefenso ante el posible exceso por parte de aquél en el uso de sus poderes dispositivos.

La misma jurisprudencia que declara aquella libertad ha reconocido al nudo propietario la posibilidad de impugnar los actos dispositivos del usufructuario a través de la doctrina del abuso de derecho. Más recientemente, la Sentencia de 24 de febrero de 1959 confirma la anterior orientación al estimar el abuso de derecho en que incurría la vendedora «una vez probado que la demandada, usufruitaria de los bienes con facultad dispositiva de los mismos en caso de necesidad, que apreciaría libremente, sin control ni fiscalización alguna, los enajenó a los restantes demandados, con daño y perjuicio del demandante, que es el heredero nudo propietario de los mismos bienes, sin estar necesitada del producto de la venta y con el solo fin o móvil de privar al actor de su herencia por razones de enemistad surgida entre ellos y, como consecuencia, con evidente abuso del derecho de disponer que el testamento le confirió».

Por cierto que esta Sentencia se ocupa del problema de las consecuencias respecto a tercero de la apreciación por los Tribunales de la existencia de abuso de derecho por parte del usufructuario. Declara que la doctrina del abuso de derecho, si bien es de fácil aplicación cuando la relación jurídica vincula sólo al titular del derecho abusivamente ejerci-

tado y al lesionado o perjudicado (originándose entonces, ya la nulidad del acto, ya su limitación dentro de los cauces del normal ejercicio, ya la indemnización del perjuicio causado), se complica gravemente cuando el negocio jurídico vincula, además, a terceras personas, ya que puede suceder:

— que los terceros sean ajenos a la voluntad torpe del titular del derecho, en cuyo caso los derechos que adquieren son plenamente legítimos y sólo puede el perjudicado promover el reconocimiento del daño de aquel que se lo ha causado;

— o que sean conocedores del torpe móvil y coadyuven a la consecución del fin ilegítimo, en cuyo supuesto los negocios adolecen de un vicio originario que les hará caer en la inexistencia, que llevará en todo caso a la ineficacia de los actos aparentemente jurídicos y a la responsabilidad o perjuicio de cuantos intervinieron en la confabulación.

O sea, parece que tendremos que atender a la buena o mala fe de los terceros: si hay buena fe, sólo podrá el nudo propietario perjudicado exigir indemnización de daños y perjuicios al usufructuario; si hay mala fe, podrá declararse la ineficacia del acto dispositivo, sin perjuicio de la indemnización oportuna.

Pero exista o no tercero, serán los Juzgados y Tribunales los que en cada supuesto decidirán si hubo o no caso de necesidad y si, por consiguiente, se excedió o no el usufructuario en el uso de sus poderes. Para ello, el punto de apoyo inmediato será el que ofrezcan las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso concreto, si bien no parece aventurado defender la aplicabilidad del siguiente principio general: si la finalidad perseguida normalmente con este tipo de usufructo no es otra que la de proporcionar al usufructuario medios suficientes para su decorosa subsistencia, puede admitirse que existe caso de necesidad siempre que sea preciso cubrir alguna de aquellas atenciones cuya satisfacción ampara la obligación de alimentos entre parientes, o sea, las enumeradas en el artículo 142 del Código civil. En el bien entendido de que nos referimos a las atenciones o necesidades incluidas en dicho artículo con independencia de la existencia o inexistencia de relación de parentesco (y cualquiera que ésta sea) entre el usufructuario y su causante: y de que creemos que estaría justificada la disposición tanto si se trata de cubrir necesidades del propio usufructuario, como de sus hijos menores o mayores incapacitados o cónyuge que carezcan de bienes propios (salvo que el título excluyera éstas últimas de manera expresa).

Según esto, estaría justificado el ejercicio del poder de disposición siempre que con ello se pretenda atender las necesidades de sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del usu-

fructuario, de su cónyuge o de sus hijos menores o mayores incapacitados (al menos, en cuanto estas personas distintas del usufructuario carezcan de bienes propios).

3. *Examen de los actos dispositivos permitidos al usufructuario*

Intentaremos especificar ahora, en la medida de lo posible, cuáles son los concretos actos dispositivos que, existiendo caso de necesidad, puede efectuar legítimamente el usufructuario. Distinguiremos para ello tres grupos, según que el acto de disposición recaiga sobre los bienes usufructuados, sobre la nuda propiedad de los mismos o sobre el derecho de usufructo.

A) Sobre los bienes usufructuados.

a) No podrá el usufructuario disponer de los bienes a título gratuito, ya que no existirá caso de necesidad que lo justifique. No cabe pensar en una situación de necesidad que haga necesario o, al menos, conveniente, desprenderse gratuitamente de ciertos bienes.

b) Podrá, en cambio, efectuar en principio cualquier acto dispositivo a título oneroso, siempre que la contraprestación que reciba sea adecuada para satisfacer la necesidad sentida. Concretando algo más, podrían citarse los siguientes actos:

— Venta.

Es el supuesto normal, el contemplado por la casi totalidad de las Sentencias y Resoluciones citadas. Su posibilidad está fuera de duda, en cuanto la contraprestación recibida (dinero) resulta adecuada para la satisfacción de cualquier necesidad.

Parece interesante consignar aquí que, según declaró la Sentencia de 28 de mayo de 1954, quien compró a un usufructuario facultado para enajenar, puede, fallecido éste, exigir de sus herederos el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de venta.

— Hipoteca.

Vale la misma razón dada para la venta: el dinero recibido mediante el préstamo que se garantiza puede cubrir cualquier tipo de necesidad.

La Sentencia de 29 de mayo de 1914 contempla un supuesto de este tipo, declarando que, autorizada la usufructuaria por el testador para que pudiera disponer en caso de urgentes necesidades de las cosas usufructuadas, es inconcuso que sin incurrir en dolo pudo, con indiscutible derecho, celebrar los contratos de préstamo, así como la acreedora reclamar la devolución del capital prestado para obtener su pago, adquiriendo

en el procedimiento de apremio seguido las fincas especialmente hipotecadas a su favor.

— Cesión en pago de deudas.

También la creemos posible, siempre que las deudas que con la cesión se extinguen hayan sido contraídas para satisfacer alguna de aquellas necesidades que legitiman la disposición.

La cuestión podría enfocarse así: en el momento en que la necesidad es sentida el usufructuario, en lugar de vender, opta por contraer deudas en espera de que su situación económica mejore; si esto no sucede y decide la cesión de bienes en pago de las deudas, el resultado será el mismo que si en el momento inicial (o sea, cuando estaba legitimado para ello) hubiera vendido los bienes; de modo que no podrá hablarse de abuso de facultades ni de resultado lesivo para el nudo propietario.

— Permuta.

Este negocio plantea algunos problemas que hacen surgir fuertes dudas sobre su posibilidad. En principio y puesto que la sustitución de uno o más bienes por otro u otros puede mejorar las posibilidades económicas del usufructuario, cabe pensar que la permuta estaría permitida, siempre que el bien adquirido se coloque en la misma situación jurídica que tenía el transmitido (subrogación) y, por tanto, la nuda propiedad del primero corresponda a la misma persona que tenía tal derecho sobre el segundo.

Así ocurrirá de hecho si usufructuario y nudo propietario, puestos de acuerdo, intervienen en la permuta. Pero no es éste el caso que nos planteamos. Si el usufructuario, que no necesita la concurrencia del nudo propietario para otorgar actos dispositivos, lleva a efecto la permuta por sí solo, no podremos atribuir la nuda propiedad del bien adquirido a una persona cuya voluntad ha estado ausente del acto adquisitivo. Y como no parece lógico pensar que tal derecho queda flotando en espera de un futuro titular, no tendríamos más alternativa que la de admitir que el usufructuario se convierte en dueño pleno de los bienes adquiridos mediante la permuta, lo que entrañaría un claro perjuicio para el nudo propietario sin causa alguna que lo justifique.

c) Nos encontramos, en tercer lugar, con aquellos actos y negocios jurídicos que no son adecuados, por sí solos, para superar una situación de necesidad, pero que pueden resultar imprescindibles (en cuanto previos o preparatorios) para el acto dispositivo adecuado. Puede pensarse en la venta proyectada de uno o varios pisos de un edificio que precisa la previa división horizontal de éste o en la venta de una parte de finca rústica que necesita la segregación de la parcela vendida, etc.

Pensamos que este tipo de actos puede encontrar su justificación en el negocio dispositivo posterior, de modo que el usufructuario, por sí solo, no podrá llevarlos a cabo de forma aislada e independiente, pero resultará legitimado para ellos en cuanto se encuentren en conexión o relación de dependencia con un posterior acto dispositivo justificado. Admitir lo contrario y exigir en todo caso la intervención del nudo propietario equivaldría a supeditar a la voluntad de éste buena parte de las facultades dispositivas del usufructuario, en contra de lo dispuesto en el título constitutivo.

B) Sobre el derecho de usufructo.

Entendemos que tendrá plena aplicación el artículo 480 del Código civil y que el usufructuario de disposición podrá «enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito». Así debe ser, porque cuando el usufructuario transmite su derecho de usufructo no está haciendo uso de las facultades extraordinarias de disposición que hacen referencia a los bienes usufructuados, sino del poder dispositivo normal que en cuanto a su derecho le corresponde como simple usufructuario. De lo que se deriva que no afectarán a las transmisiones del usufructo las limitaciones que para disponer de los bienes puedan resultar del título constitutivo, de manera que el usufructuario podrá transmitir su derecho por cualquier título y en cualquier situación económica.

Puede citarse en apoyo de lo dicho la Resolución de 29 de noviembre de 1911, pues si bien esta Resolución contempla, a nuestro juicio, un supuesto de «pseudousufructo testamentario», al no entenderlo así la Dirección General creemos aprovechable su doctrina de la aplicabilidad de los artículos 480 y 513 al usufructo de disposición.

Ahora bien, el problema que se plantea aquí es el de determinar qué es lo que ocurre, una vez transmitido el usufructo, con las facultades de disposición concedidas al usufructuario. Veamos:

a) No podemos entender que tales facultades se transmiten al adquirente del usufructo.

En efecto. La concesión de un poder dispositivo excepcional tiene una finalidad específica (satisfacer ciertas necesidades del usufructuario) y aparece decisivamente determinada por la especial consideración de la persona del usufructuario (hasta el punto de que su ejercicio depende de la apreciación y conciencia de éste). Todo ello se vería truncado si los actos dispositivos hubiesen de depender de las necesidades y apreciaciones de un tercero, consecuencia ésta a la que habríamos de llegar de admitirse que se transmiten al adquirente del usufructo los poderes de disposición.

b) Tampoco cabe aceptar que los poderes de disposición subsisten en el usufructuario que ha transmitido su derecho.

Y ello porque tales poderes no representan otra cosa que un recurso excepcional ofrecido al usufructuario para el supuesto de que los rendimientos normales del usufructo sean insuficientes para cubrir ciertas necesidades primordiales. O sea, que el ejercicio de las facultades dispositivas estará siempre subordinado a la insuficiencia de las rentas procedentes del usufructo. Luego, si el usufructuario transmite su derecho no podrá ya, en ningún momento, alegar la situación o caso de necesidad, puesto que voluntariamente se ha desprendido de las utilidades derivadas de aquel derecho, que constituyen el instrumento preferente para atender a la satisfacción de sus necesidades.

c) Después de todo esto, nos queda como posible solución—que defendemos—la de estimar que a consecuencia de la transmisión del usufructo se extinguen las facultades dispositivas que con relación a los bienes se establecieron en el título constitutivo.

C) Sobre la nuda propiedad.

Con relación a la nuda propiedad podrá el usufructuario efectuar los mismos actos dispositivos que con relación al pleno dominio de los bienes. Existiendo caso de necesidad, tiene plena libertad el usufructuario para elegir entre el pleno dominio y la nuda propiedad como objeto de su disposición. Vale, por tanto, lo dicho anteriormente al respecto.

La Resolución de 11 de octubre de 1920 admite la inscripción de una escritura de venta de la nuda propiedad otorgada por el usufructuario facultado para vender, dándose la circunstancia de aparecer inscrita dicha nuda propiedad a favor de persona distinta al primer nudo propietario (más adelante volveremos sobre esta Resolución).

III. POSICIÓN DEL NUDO PROPIETARIO

Creemos que en cualquier modalidad de usufructo de disposición la situación del nudo propietario es la de un titular amenazado de resolución, en cuanto los actos dispositivos del usufructuario que entrañen la transmisión, sea del pleno dominio, sea de la nuda propiedad de los bienes, resuelven el derecho del nudo propietario.

Mientras esto no ocurra, el nudo propietario podrá disponer de su derecho por acto *inter vivos* a título oneroso o gratuito, sin que le afecten, de manera alguna, las limitaciones que pudieran existir para la disposición de los bienes por el usufructuario. Y asimismo, transmitirá a su muerte su derecho a sus herederos.

Claro está que, en todo caso, los causahabientes del nudo propietario se colocarán en la posición de su causante, de forma que su titularidad estará igualmente amenazada de resolución hasta la muerte del usufruc-

uario (si de usufructo vitalicio se trata), hasta que transcurra el plazo por el cual se constituyó (si es temporal) o hasta que el usufructuario transmita su derecho de usufructo (conforme a lo defendido anteriormente).

La Sentencia de 17 de mayo de 1962 se ha ocupado del problema de la posición del nudo propietario. Aceptando la interpretación que del testamento discutido hace el Tribunal *a quo*, en el sentido de que el causante hizo dos designaciones de herederos, instituyendo simultáneamente y de forma inmediata como tales a su esposa (llamada al usufructo vitalicio con facultad de disposición) y a sus hermanos (llamados a la nuda propiedad correlativa), nos dice que se trata de la concurrencia de dos liberalidades y ambas se adquieren a la muerte del causante independientemente, sin orden ni relación sucesiva, ya que el nudo propietario adquiere, desde luego, un derecho sobre los bienes hereditarios que, nacido e incorporado a su patrimonio, se conserva y transmite con todo su vigor a sus respectivos herederos, aunque premuera al usufructuario.

La Resolución de 11 de octubre de 1920 estudia un caso en que los actos dispositivos del usufructuario afectan a los derechos de los causahabientes del nudo propietario.

El caso fue el siguiente: En escritura de donación a favor de su hijo se reserva el donante «el usufructo de lo donado, durante su vida, y además la facultad libre de vender y gravar en caso de necesidad, sin consentimiento de su hijo donatario ni de persona alguna». Tal escritura se inscribe. Posteriormente (aparte otras incidencias) se trabó embargo sobre la nuda propiedad de una de las fincas donadas, que fue anotado; efectuada la subasta pública, se adjudica la nuda propiedad al ejecutante, a cuyo nombre se inscribe; éste vende su derecho a un tercero, a cuyo favor se inscribe. La reserva del usufructo con facultad de vender se reflejó en el cuerpo del asiento al inscribir la donación, pero no se consignó en el acta de inscripción. En la anotación y asientos posteriores se hizo referencia a tal reserva. Por último, el usufructuario, alegando hallarse en verdadera necesidad, vende la nuda propiedad, denegando el Registrador la inscripción por aparecer inscrito este derecho a favor del anterior comprador.

La Dirección General considera inscribible la escritura de venta otorgada por el usufructuario, declarando que no es necesario que la reserva figure en el acta de inscripción, sino que basta con que aparezca con claridad del Registro para que, de acuerdo con los artículos 34 y 37, perjudique al tercer adquirente, puesto que se trata de resolución de un derecho por causas que resultan del mismo Registro.

Lo hasta aquí dicho es válido respecto al primer nudo propietario

y a los que de él traigan causa. No lo será respecto a los nudo propietarios que adquieran su derecho del usufructuario. En este último caso debe entenderse que una vez que el usufructuario ha dispuesto de la nuda propiedad queda agotada su facultad de disposición en cuanto a ésta y, por tanto:

— el nudo propietario causahabiente del usufructuario no es un titular amenazado de resolución, sino que adquiere en firme;

— el usufructuario no podrá en lo sucesivo disponer del pleno dominio ni de la nuda propiedad de los bienes, quedándole únicamente la posibilidad de disponer de su derecho de usufructo.

Desde el punto de vista registral, no presentarán problema especial alguno las inscripciones de las transmisiones que de su derecho lleve a cabo el nudo propietario durante su vida o de las que se produzcan por causa de su muerte a favor de sus herederos. Y tales inscripciones no representarán ningún obstáculo para la posterior inscripción de los actos dispositivos del usufructuario, si se producen, siempre que sus facultades dispositivas se hayan hecho constar en el Registro de manera clara y explícita y se observen los requisitos de adecuación y oportunidad a que ya hemos hecho referencia.

RAFAEL A. RIVAS TORRALBA
Registrador de la Propiedad

«Pignus servitutis D.20.1.12»

Dentro del tema de las cosas que pueden ser objeto de *pignus*, y con referencia a las servidumbres, suelen señalar los autores que no cabe en Derecho clásico dar en prenda ningún tipo de servidumbre, mientras que en la legislación justiniana sí es susceptible de hacerse con las servidumbres rústicas.

La aseveración se funda en el contenido de:

D.20.1.11.3. (*Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam.*) *Iura prediorum urbanorum pignori non possunt: igitur nec convenire possunt, et hypothecae sint.*

D.20.1.12. (*Paulus, libro sexagesimo octavo ad edictum.*) *Sed an viae, itine ris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta nonsit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diemcertum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.*

1. Los dos textos han sido objeto de crítica doctrinal (1) estimándose hoy, en general, que ambos son interpolados (2).

Así, BIONDI (3) considera interpolado, respecto al fr. 12, del que nos ocupamos en este trabajo, desde *ut talis...* hasta el final, pensando que el texto nos oculta el *responsum* de Pomponio y en consecuencia toda la

(1) PEROZZI, *Istituzioni*, I, Roma, 1928, págs. 765 y ss.; BIONDI, *Le servitù prediali nel Diritto Romano*, Milano, 1946, págs. 128-130, y *Le servitù*, CICU-MES-SINEO, Milano, 1967, págs. 131-132; SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle Servitù Prediali*, Napoli, 1947, págs. 54-64; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, Corso D. R. II. Le Garanzie Reali, 1963, págs. 177-179; GROSSO, *Le servitù prediali nel D. R.*, Torino, 1969, págs. 108-109; las citas que sobre estos autores haremos en este trabajo van siempre referidas a las obras y páginas aquí señaladas.

(2) *Index*, pág. 383.

(3) BIONDI, *La ser... pre... D. R., loc. cit.*

solución, e incluso el mismo planteamiento de la cuestión, es justiniano. La misma línea sustenta PEROZZI, para quien la respuesta de POMONIO hubiera debido ser negativa, mientras que JUSTINIANO recogió la solución afirmativa; postura ésta que ya había sido sentada por RICCOBONO.

CIAPESSONI (4) piensa también que sin tratarse de un añadido íntegro compilatorio, ha habido modificaciones sustanciales en el texto, pues la solución de PAULO—posiblemente a una *quaestio* sobre el *ius distrahendi*—hubo de ser negativa, mientras que en JUSTINIANO se presenta como afirmativa; y reputa claramente interpolado *scilicet si vicinum fundum habeat* y el término *vicino* de la frase *vendere eas vicino liceat*.

GROSSO (5), sobre la base de admitir ciertas modificaciones en el contenido de la respuesta recogida en el texto, señala como clara interpolación *quae sententia... est* en cuanto que consagra el principio justiniano que dio solución afirmativa a una vasta polémica anterior (¿clásica?).

Similar postura sustenta FREZZA (6), quien estima la existencia de alteraciones compilatorias en el texto para dar lugar a la solución afirmativa justiniana.

SOLAZZI (7), por último, apunta que si bien el final del texto es claramente «no genuino» y existen claras alteraciones tanto en el planteamiento de la *quaestio* como en su solución, no hay base absolutamente segura para reputar totalmente justiniano desde *ut talis...* hasta el final.

Por lo que hace a D.20.1.11.3 hay prácticamente unanimidad en considerar interpolado *igitur...* hasta el final. Así, SOLAZZI, quien del análisis filológico-gramatical del texto—*igitur* en principio de frase, *possunt* sin sujeto, el término *hypothea*—concluye el carácter espurio del texto. Piensa que éste debería referirse al *pignus* convencional, pese al *pignori dari*, ya que la imposibilidad de dar en posesión cosas incorpóreas haría ociosa la cuestión sobre una prenda manual. De ahí que estime que es «vana apariencia» la oposición existente entre los textos D.20.1, fragmentos 11.3 *pignori dari* y 12 *conventio*.

PEROZZI considera además interpolado *urbanorum*, pensando que en el período clásico la imposibilidad de dar en prenda las servidumbres se refería tanto a las urbanas como a las rústicas; congruente así con la idea ya anotada de la respuesta negativa de PAULO en D.20.1.12. Cuestión ésta que también se plantea SOLAZZI, quien se pregunta, de igual forma,

(4) *Servitus personae*, pág. 973, cit. por SOLAZZI.

(5) *Loc. cit.*

(6) *Loc. cit.*

(7) *Loc. cit.*

si la cuestión planteada en el fr. 12 se habría referido en principio tanto a las servidumbres rústicas como a las urbanas (8).

GROSSO piensa que incluso todo el texto es un añadido justiniano para coordinar el *responsum* anterior de MARCIANO con el siguiente de PAULO (fr. 11 con 12) (9).

II. Sobre la base de tales interpolaciones, la misma redacción e interpretación literal del texto (fr. 12) plantea algunos problemas.

Así, mientras que en Mommsen-Krüeger se lee: ... *ut talis pactio fiat, ut*, en otras ediciones, entre ellas una tan al uso en España como la de GARCÍA DEL CORRAL (10), recogida del texto de GRIEGEL, HERMANN y OSENBRUGGEN, se lee: ... *ut, si talis pactio fiat*, tomada del Hal. suprimiendo el segundo *ut* y añadiendo el *si* que omite el Códice florentino; lectura ésta que también recoge la publicación de RODRÍGUEZ FONSECA (11).

La segunda partícula *ut* parece claramente consecutiva, referida a *talis*, debiendo leerse «tal... que» (un pacto de tal naturaleza que..., el pacto de que...). La primera, en cambio, pudiera tener un valor complementivo-explicativo, o de carácter condicional-temporal (cuando se hace..., al hacerse...) o, más matizadamente, condicional-hipotético (si se hace..., en la hipótesis de que...) o incluso final; pero todos ellos vienen prácticamente a resumir la misma idea interpretativa de plantear el supuesto hipotético de los pactos que complementan la *conventio pignoris*.

No nos parece aceptable la lectura «¿... tendrá lugar la convención de prenda...? POMPONIO dice que este pacto ha de ser hecho para que

(8) W. REIN, *Das privatrecht und der Zivilprozess der Römer*, Leipzig, 1858 (reimp. anast., 1964, pág. 354, núm. 3), hace notar que «con alguna reserva» las servidumbres urbanas no pueden pignorar con base al fr. 11,3. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, trad. de Fadda e Bensa, Torino, 1930, pág. 821, núm. 10, funda igualmente la exclusión de la posibilidad de pignoración de servidumbres urbanas en el fr. 11,3, pero añadiendo que las explicaciones que se dan para fundamentar en derecho la aseveración del fr. no son plenamente satisfactorias para el derecho moderno, citando entonces a PFORDTEI, *Arch. per la pract. civile*, XXII, 1839, quien, según parece desprenderse de la un tanto confusa frase de la cita, estimaba que fr. 11,3 negaba la posibilidad de pignorar las servidumbres existentes, designando la urbana a modo de ejemplo.

(9) Tesis que ya recogió WINDSCHEID, *op. cit.*, pág. 821, núm. 10, quien al recoger la idea más general de que fr. 12 fue intencionadamente puesto detrás del que lleva el 11,3 en la compilación, estima, sin embargo, como más probable que los compiladores se hubieran simplemente limitado a reunir uno tras otro, sin una intención preconcebida, los fragmentos que sobre la materia tenían, remitiéndose WINDSCHEID a la obra de PICCINELLI, *Il pegno di servitù prediale*, Firenze, 1884, para la historia de las doctrinas sobre la materia.

(10) ILDEFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1892.

(11) BARTOLOMÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ DE FONSECA, *El Digesto del Emperador Justiniano*, Madrid, 1878.

interin...»—lectura de RODRÍGUEZ FONSECA—porque desvirtúa la genuina redacción gramatical del texto; lectura que sin duda ha sido forzada con la intención de salvar el problema de la falta de solución al caso, problema del que luego hablaremos.

La redacción *ut, si talis pactio fiat*, parece confirmar aquella interpretación apuntada. La partícula *ut*, sintácticamente anticipada, correspondería al segundo *ut* del texto de MOMMSEN, mientras que *si* equivaldría al primer *ut*, ahora ya con el marcado carácter condicional-hipotético que señalábamos.

Y en cuanto a la interpretación textual:

a) ... *pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut...*

Una primera interpretación que en España está representada por el texto de D'ORS (12), lee «si vale el convenio de prenda (sobre servidumbres...) al hacerse el pacto de que...» lo cual implica que se da por supuesto el «convenio de prenda», convenio que entraña en el caso un pacto entre las partes (de uso y venta) y que precisamente la *quaestio* se plantea al preguntarse si es válida dicha *conventio pignoris* al serle añadido tal pacto (de uso y venta). El *responsum* tendría así por objeto fundamental no el análisis de la *conventio pignoris* sobre servidumbre, propiamente dicha, sino la *conventio* en relación con el pacto o pactos de uso y venta. Este implica que al preguntarse «si vale la convención al hacerse el pacto...» queda anteriormente pendiente otra pregunta que se formularía así: sin el pacto de uso y venta, es decir, la *conventio pignoris* de servidumbre *per se* ¿es válida y sólo se presenta como problemática con el pacto de uso-venta, o es nula y puede presentarse como válida al añadirsele el pacto?

Una segunda interpretación—RODRÍGUEZ FONSECA, en España—se hace sobre la base de leer «tendrá lugar la convención de prenda... y este pacto ha de ser para que...» con lo cual se entiende que sólo es válida la convención de prenda si entraña el uso-venta, y por tanto, puede concluirse que

- si no hay uso-venta, no vale la convención de prenda sobre servidumbre;
- el pacto de uso-venta es el contenido fundamental de la convención de prenda;
- el texto llama «pacto» a la misma *conventio pignoris*.

(12) D'ORS, HERNÁNDEZ TEJERO, FUENTESSECA, GARCÍA GARRIDO y BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, tomo II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972.

Una tercera, variante de la anterior—GARCÍA DEL CORRAL—, lee: «tendrá lugar la convención de prenda... para que si tal pacto se hiciera...»

- con lo que *conventio pignoris* y *pactum* no serían la misma cosa, pero el uno estaría íntimamente ligado al otro;
- el pacto de uso-venta significa el resultado teológico de la convención de prenda;
- la *quaestio* se plantea sobre la licitud de este resultado teleológico, sin entrar a analizar una *conventio pignoris* no encaminada a tal finalidad.

La interpretación real del fragmento ha de deducirse de la exégesis del mismo en razón tanto del diferente enfoque de la naturaleza de las instituciones en él abordadas en los períodos clásico y justiniano, como del análisis de las consecuencias jurídicas y fácticas de los supuestos planteados en el caso.

b) Ya SOLAZZI (13) hizo notar que, por un lado, falta en el texto la solución dada por POMPONIO al problema principal, puesto que el fragmento 12 sólo aborda la cuestión de un posible límite cifrado en el pacto de uso-venta, resultando así la respuesta incompleta y parcial; y, por otro lado, sería de esperar que PAULO abordaría el texto más amplia y lúcidamente, y si se añade además que el giro lingüístico *ut ... ut* parece estilísticamente indigno de PAULO, las posibles interpolaciones, y el final claramente no genuino, ha de concluirse, dice SOLAZZI, que nos quedamos sin saber el preciso tenor de la respuesta.

Pensamos que se puede ir aún más lejos, en el sentido de que la redacción del texto, tal como nos la presentan los compiladores, resulta verdaderamente incongruente. En efecto, se nos dice que «se pregunta —an— si vale una *conventio pignoris* cuando se le añaden los pactos de uso y venta». Dice Pomponio que hay que ver si vale la convención de prenda hecha con estas características (lectura de D'ORS). Y terminada de redactar la pregunta, que finaliza en *liceat*, no se nos da respuesta alguna. No sólo ya no se contesta a si vale la convención de prenda *per se* (sin pactos) tal como antes veíamos, sino que tampoco se responde a la pregunta formulada. De esta suerte no es que la respuesta sea incompleta y parcial, sino que no se da contestación alguna al caso planteado.

Paradójicamente el compilador añade que *quae sententia*... ¿Cuál sentencia? Porque el texto no recoge *sententia*, *opinio* ni *responsum*

(13) *Loc. cit.*

alguno de jurista, sino mera formulación de una pregunta que queda sin contestar.

Puede suponerse que, cuanto menos el compilador, se inclina por una solución afirmativa al caso, pero el texto no lo dice. De ahí que, como antes decíamos, haya habido intentos (RODRÍGUEZ FONSECA) de una lectura que salve la insospechada redacción. Redacción que sólo puede explicarse sobre la base de una notoria interpolación justiniana que omitiendo en el texto genuino la *sententia* de Pomponio o el comentario de Paulo, lo adulteró de tal manera, forzándolo con una nueva mentalidad sobre el *pignus*, que dejó sin solución la misma pregunta que se planteó. Con la redacción de la pregunta—no de la inexistente respuesta—los compiladores dan su opinión achacándola a Pomponio o a Paulo.

Sólo con esta interpretación tiene sentido *quae sententia... utilitatem contrahentium admittenda est* frase que objetivamente plantearía, en relación con una real respuesta, compleja interpretación.

Así D'ORS lee: «... por facilitar la contratación ...» mientras que en otros se dice «... por utilidad de los contratantes ...» Lo cual nos llevaría a preguntarnos:

— ¿Se refiere la *utilitas contrahentium* que sirvió de fundamentación a la *sententia* (?) a la utilidad, interés o provecho de los sujetos que intervenían en el negocio jurídico principal?

— ¿O a la utilidad que el negocio—prenda con pactos—rendía en orden a que de esta forma (admitiendo la prenda sobre servidumbre) se facilitaba la concesión del mutuo o del negocio obligacional que la prenda garantizaba?

— ¿O hace referencia a la *utilitas* típica de la propia servidumbre predial?

— ¿O debe entenderse en el sentido, tan debatido, de la *utilitas contrahentium* objetivamente considerada?

Pensamos que el compilador no se paró a reflexionar en ello. La frase que se inicia con el incomprensible—a tenor de la redacción—*quae sententia...* no tuvo para él más significado que el de un mero cierre del interpolado párrafo. Hay en el *Digesto* varias expresiones similares y análogas que tampoco tienen más razón de ser que «redondear» un párrafo, a veces reforzando o simplemente adhiriéndose a una opinión ya manifestada, pero sin pretensiones de añadir argumento alguno nuevo al *responsum* al que acompañan. La frase, como ya advertimos, está unánimemente considerada como clara interpolación justiniana, y no parece tener mayor trascendencia que la ya indicada.

En definitiva, y de lo dicho, parece como más aconsejable seguir la interpretación primera que señalábamos con el profesor D'ORS.

III.: Llegados a este punto procede hacerse la pregunta genérica de fondo que en el texto se aborda: ¿Cabe *pignus* sobre servidumbre? BIONDI (14) señala que en Derecho Clásico se tropezaría con dos graves obstáculos para su realización: por un lado la prenda implicaba una *possessio* del acreedor pignoraticio sobre la cosa pignorada, pero las servidumbres eran *res incorporales* no pudiendo ser, por tanto, objeto de *possessio*; y por otro, el *ius vendendi* que ya por pacto ya, más tardíamente, como consustancial a la prenda, acompañaba al *pignus* chocaba con el principio de no enajenación de las servidumbres en razón de su inherencia al fundo dominante. Opinión que comparte SOLAZZI, quien recogiendo el criterio de CIAPESSONI (Paulo respondería negativamente a la *questio*, ya que el ejercicio de la servidumbre por el acreedor no es admisible separada de la relación del mundo dominante, lo mismo que no es admisible enajenar la servidumbre con independencia del fundo dominante) estima que el motivo de la disputa—*pignus* sobre servidumbre—no podía ser clásico, ya que en la época de Paulo los *iura prediorum* no podían *mancipio dari* con independencia del fundo, ya que se oponía a ello sin remisión el principio de inalienabilidad.

Esto habría de llevarnos a la lógica conclusión de que si aquella pregunta fue hecha a PAPINIANO, *sed ... ait*, el jurista habría de haber contestado «no», opinión que haría suya Paulo.

Conviene, sin embargo, hacer sobre la *quaestio* algunas conjeturas. Con JUSTINIANO, los obstáculos clásicos podían darse por vencidos en buena medida, ya que la figura de la *possessio iuris* permitía salvar el grave problema de la *possessio* del acreedor pignoraticio, y además la nueva concepción de las servidumbres personales hubo de influir en la mentalidad de los juristas para acercar cada vez más los principios de éstas a los que regían las prediales, tendiendo a una interpretación más unitaria de la institución servidumbres (prediales y personales) que repercutiría en una mayor flexibilidad del principio de inherencia al fundo, o cuanto menos la enajenación de la servidumbres en relación con él, admitiendo la alienabilidad dentro de ciertos límites (15). Posiblemente el tema viniera de alguna manera incluso planteado como polémico en el Derecho clásico, referido a la cesión del ejercicio de la servidumbre,

(14) BIONDI, *La servitù prediali...*, loc. cit.

(15) BIONDI, *La ser... pred...*, op. cit. HEINECCII, *Elementa juris civilis*, II, Bassani, 1838, pág. 47, con base a fr. 11,2, hace notar la posibilidad de pignorar tanto las cosas corporales como las incorporales.

conforme se desprende de la respuesta de LABEÓN contenida en Decreto 8.3.24, o del texto D. 43.21.1 (16).

En esta misma línea GROSSO (17) apunta que el fr. 12 significaría en cualquier caso una excepción—¿clásica, justiniana?—en razón al *pignus*, al principio de inherencia de las servidumbres al fundo dominante.

Por otro lado, no hemos de perder de vista que tal como se nos aparece el texto en el fr. 12 se habla de una *conventio pignoris*, lo que, en principio, obviaría la dificultad de la *possessio* en favor del acreedor pignoraticio, ya que referida a una *hypotheca*—posiblemente generalizada a partir del siglo I d. C. (18) no se produciría con la simple *conventio* la *traditio* posesoria. El contenido fundamental de esta *conventio* sobre un derecho de servidumbre vendría constituido por el *ius vendendi* del que se habla en el propio texto, y que es, justamente, el contenido principal de la prenda sobre derechos (19).

Nos quedaría aún así sin solución el problema de la inherencia al fundo, y del uso de acreedor, que acaso se resolviera por los caminos que abordamos a continuación.

En efecto, la simple redacción del texto da pie para formularnos dos nuevas interrogantes:

- La servidumbre de que el texto habla ¿es una servidumbre ya constituida o una servidumbre a constituir?
- ¿Quién constituía el *pignus*, y en favor de quién, en relación con los sujetos sirviente y dominante de una servidumbre?

PEROZZI (20) observa que falta la distinción entre el *pignus* entregado por el propietario dominante sobre servidumbre ya constituida, y el *pignus* concedido por el mismo propietario sobre una servidumbre no existente aún, por lo que, dice, debe integrarse el contenido del fr. 12 con el de fr. 11.2.

CIAPESSONI (21) entiende que sólo cabe hablar de servidumbre de *iter*, *via*, *actus et aquaeductus* ya constituidas y que podían darse *mancipatio fiduciae causa*.

GROSSO piensa que el problema que en su caso debió haberse planteado a POMPONIO, tendría que referirse a una servidumbre *constituenda*,

(16) BIONDI, *La ser... pred...*, loc. cit.

(17) GROSSO, loc. cit.

(18) D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, 2.ª ed., Pamplona, 1975, página 219.

(19) D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, loc. cit., pág. 220.

(20) Loc. cit.

(21) Citado por SOLAZZI, loc. cit.

en la que la intromisión de acreedor en la fundo sirviente sería un mero ejercicio—uso—y que, luego de la realización material del pacto *de vendendo*, se constituiría la servidumbre legalmente en favor del comprador. De esta suerte para el Derecho Clásico la problemática del fr. 12 hubo de referirse a la posible tutela pretoria de los interesados en el supuesto, precisamente por la consideración de *constituenda* de la servidumbre, que implicaba un período de tiempo y una situación jurídica ajena al amparo del *ius civile*.

Por su parte SOLAZZI cree que la constitución de la servidumbre en favor del acreedor no se producirá hasta que llegue el tiempo del vencimiento del crédito garantizado, sin que éste hubiera sido pagado. Si el jurista hubiera hablado de una servidumbre ya constituida hubiera empleado terminología diferente, y no la de *ut... eis servitutibus utatur...*. *Uti servitute* se dice de quien usa de hecho, por lo que—sigue SOLAZZI—es verosímil pensar que el pacto de *pignus* contuviese una cláusula de uso por la que el acreedor quedaba en una situación de ejercicio fáctico análoga al del *pignus* corporal—*uti servitute*—y que los clásicos no llamaban ni *possessio* ni *quasipossessio*. El pacto *ut... utatur* no constituía servidumbre como derecho real. Es más, para hacer posible la venta del objeto del convenio de prenda no podía constituirse servidumbre en favor del acreedor pignoraticio. En definitiva, se trataría de una *conventio pignoris* para constituir después una servidumbre en favor del comprador en la compraventa producida por el ejercicio del pacto *de vendendo* (22).

Llegados a este punto conviene hacer un repaso a las posibles situaciones fácticas en que pudiera encajarse el caso, no sin que antes puntualicemos sobre el problema a que los términos *vicinum*, *vicino* han dado, o pudieran dar, lugar.

Scilicet si vicinum fundum habeat...

(22) Para FERRINI, *Manuale di Pandette*. Milano, 1953. pág. 339, puede ser objeto de prenda, por parte del dueño, una servidumbre predial rústica a constituir, en el sentido de que en vez de atribuir al acreedor el eventual poder de alienación, le atribuye el poder de constituir sobre la cosa tal derecho, e interpreta que en tal sentido es como POMPONIO lo admite para las servidumbres de paso y acueducto. Por su parte, Z. VON LINGENTHAL, *Sulla differenza fra servitutes rusticae ed urbanae*, 1844; ELVERS, *Teoria delle servitù*, y DERNBURG, *cits.* por WINDSCHEID, *op. cit.*, pág. 821, núm. 10, estiman que fr. 12 no admitía el *pignus* del derecho no subsistente de servidumbre ni siquiera para todas las rústicas, sino sólo para las de paso y acueducto. En contra, EISELE, *Arch. per la pract. civ.*, LXV, *cit.* por WINDSCHEID, estima que el fr. se refiere al *pignus* de una servidumbre existente.

Por su parte, el propio WINDSCHEID piensa que el fr. se refiere a un derecho no existente aún, que da al acreedor pignoraticio la facultad de constituir un derecho sobre la cosa en favor de otro; tesis que estima como más correcta y generalmente aceptada después de las observaciones de BUCHEL, *Riv. crit. trim.*, XI.

La interpretación general es: «por supuesto, si tiene un fundo vecino» referido al *creditor* que gramatical y lógicamente le precede (23).

Sin embargo, no faltan interpretaciones que leen: «si el vecino tuviese fundo» (24).

En el primer sentido el acreedor puede ser, en principio, cualquiera, ya que nada se opone en el texto a que la *conventio* se verifique con un tercero indiscriminado; es más, el mismo hecho de *scilicet ... habeat* está poniendo de relieve que el acreedor puede no ser vecino (25).

En el segundo sentido, por el contrario—«si el vecino tuviese fundo»—, se interpreta que el acreedor tiene que ser vecino; aunque no se entiende muy bien cómo puede ser ello si se duda o cabe la posibilidad que no tenga fundo, siendo así que vecino significa precisamente el que habita junto a otro. Según esta interpretación, *vicinum* habría que entenderlo sustantivado masculino y en consecuencia sujeto de un verbo en infinitivo. Por ello no tiene, tal es la redacción de la frase de fr. 12, sitio ni colocación sintáctica para ir solo, y necesariamente ha de interpretarse como adjetivo de *fundus*.

Leemos, pues: «... por supuesto, si (el acreedor) tuviese un fundo vecino»; y en consecuencia cabe pensar que el acreedor pudiese ser un tercero no vecino.

vendere eas vicino liceat...

Aquí no cabe duda que *vicino* es sustantivo y gramaticalmente pudiera ser:

- Complemento indirecto de *vendere*: sea lícito venderlas al vecino.
- Complemento de *liceat*, verbo impersonal que puede pedir un dativo: sea lícito al vecino venderlas (26).

Sin embargo, esta segunda interpretación choca con los siguientes obstáculos:

- El empleo del término sería una innecesaria repetición gramatical, ya que habiendo hablado antes del *creditor* no habría por qué volver ahora a mencionar al sujeto.

(23) Así, D'ORS y GARCÍA DEL CORRAL, *locs. cit.*

(24) RODRÍGUEZ FONSECA, *loc. cit.*

(25) Para REIN, *ob. cit.*, los *iura prediorum rusticorum* pueden ser pignorados solamente por el propietario de la finca vecina.

(26) Lectura de GARCÍA DEL CORRAL.

- Aunque se hubiera incurrido en tal repetición, para dar fuerza a la frase, no parece lógico que se le cambie de nomenclatura, y allí donde se le llamó antes *creditor* se le llame ahora *vicinus*.
- Por la misma función de la servidumbre que se vende, es lógico que el comprador, aquel a quien es lícito vendérsela, sea necesariamente un vecino.
- Por el contrario, y como antes hemos visto, el vendedor, *creditor*, puede no ser *vicinus*.

Leemos, pues: «... sea lícito (al acreedor) venderlas al vecino». Por último, esa vecindad que tipifica al comprador tiene que hacer referencia al fundo del sirviente (que veremos puede ser o no el deudor), ya que si se refiriera a vecindad con el acreedor-vendedor no cabría posibilidad física, por la naturaleza de las servidumbres, del ejercicio de ésta por el comprador cuando el *creditor* no fuera vecino del sirviente (27).

IV. ¿Cuáles son, pues, las situaciones de hecho a que la *quaestio* puede referirse? Para más fácil explicación usaremos de un ejemplo práctico para valernos de los nombres de los personajes y de sus situaciones ideales:

Ticio es propietario de un fundo sobre el que ha de gravar la servidumbre. Sus vecinos son Cayo y Sempronio. Marco es un tercero, no vecino. Se trata de un mutuo, como negocio principal, al que se refiere la garantía del *pignus*.

Sobre la base ya expuesta de que pudiera tratarse bien de una servidumbre ya constituida y existente con anterioridad al crédito que da lugar a la prenda, o que se constituye con la misma *conventio* para hacerla el objeto de la garantía, o bien, de una servidumbre a constituir, vemos las siguientes hipótesis:

1. Partiendo de una servidumbre ya existente.—Cayo, dominante, tiene servidumbre sobre el fundo de Ticio, sirviente.

1.A. Cayo es deudor de Ticio.

- Podría pignorar Cayo la servidumbre de que es titular, en favor de Ticio.
- Sin embargo, el acreedor, Ticio, no podría usar, puesto que su fundo es el sirviente.

(27) Para FERRINI, que parte de una servidumbre a constituir, sólo cabe la posibilidad de que el deudor constituya tal servidumbre a favor de quien tenga un fundo vecino.

- La razón del *pignus* podría estar en la coacción de Ticio sobre Cayo no dejando a éste usar mientras durara la deuda; posición teleológica ésta de la coacción que fue sin duda el primer fundamento del *pignus*.
- Hipotéticamente Ticio podría, no pagando Cayo, vender la servidumbre, para cobrarse con el precio la deuda, aunque lo más lógico sería que se cobrara extinguiendo la servidumbre.
En este supuesto, pues, no tendría sentido el pacto de uso y muy poco, el de la venta.

1.B. Ticio es deudor de Cayo.

- No cabe en este caso hablar de *pignus*, ya que su objeto (servidumbre) sería un derecho que pertenece ya al acreedor del negocio jurídico principal.

1.C. Ticio, sirviente, debe a Sempronio, su vecino.

- Imposible el *pignus*, pues Ticio no puede dar en prenda algo de lo que no es titular de derechos.

1.D. Cayo debe a Sempronio, por mutuo, y le pignora la servidumbre que tiene sobre el fundo de Ticio.

- No cabría hablar de coacción por la prenda (que Cayo no use mientras no pague) porque la *conventio* entre Cayo y Sempronio no puede ser esgrimida por Ticio, y Cayo podría seguir usando sin posibilidad que se lo impidiesen ni Ticio ni Sempronio.
- Por eso podría haber surgido el pacto de uso de acreedor, vecino del sirviente, que podría físicamente usar.
- El problema surge ahora al preguntarse cómo puede Sempronio esgrimir procesalmente su derecho de uso frente a Ticio, si éste se opone a que ejercite la servidumbre que le pignoró Cayo. Pudiera pensarse que acaso el texto se refiriera inicialmente a este caso, y la pregunta a Pomponio versara sobre el tema procesal. Grosso (28) apuntó ya la posibilidad de que el fr. 12 estuviera en relación con el 11.2. donde se plantean cuestiones de protección pretoria al acreedor y al comprador de un usufructo; aunque el propio

(28) *Loc. cit.*

GROSSO significa que es discutible que el derecho pretorio tutelase supuestos planteados por una intromisión en el ejercicio de una servidumbre.

- Por último, en tal supuesto no tendría sentido el pacto de venta, por superfluo.

1.E. Variante del anterior: Cayo, dominante, debe a Marco, no vecino.

- No cabría tampoco el *pignus* como coacción.
- La posibilidad del supuesto explicaría la redacción del pacto «el acreedor puede usar si es vecino».
- El pacto de venta, de Marco a Sempronio, sería la garantía de acreedor.
- Seguiríamos planteándonos los problemas de tutela para la exigencia del ejercicio de los derechos derivados de la *conventio*.

Hemos de observar, además, que en los supuestos planteados siguen en pie los problemas básicos apuntados:

- el traslado de la *possessio*;
- la inherencia de la servidumbre al fundo dominante, habida cuenta de que se trata de una servidumbre ya constituida y existente.

Por otro lado, el planteamiento de los supuestos 1.D. y 1.E. nos lleva a meditar sobre si puede darse una doble interpretación a:

quamdiu pecunia soluta non sit... si intra diem certum pecunia soluta non sit ...

en el siguiente sentido:

- Se trata de un solo pacto con dos soluciones que dependen de un supuesto fáctico: la vecindad. Si llegado el vencimiento de la obligación el deudor no ha pagado, el acreedor:
 - si es vecino: usa;
 - si no es vecino: vende;

quamdiu ... si intra diem certum ... se refieren así al mismo plazo expresado de dos formas distintas.

- Se trata de dos pactos distintos, por lo que el acreedor puede acogerse indistintamente (siempre que reúna las condiciones fác-

ticas exigidas) a uno de ellos; usa (de hecho, *lex commissoria*); o a los dos; usa y luego vende.

De todas formas hay que observar que la redacción del texto nos presenta una forma literal distinta:

QUAMDIU pecunia soluta non sit
SI INTRA DIEM CERTUM pecunia soluta non sit

por lo que parece, en primer lugar, una repetición innecesaria si se tratase de un solo pacto con dos soluciones alternativas que se excluyen mutuamente por la posición fáctica de la vecindad.

Y en segundo lugar, ello da pie a pensar que se trata de dos plazos claramente diferenciados en el tiempo. ¿Cuáles serían esos tiempos?

Podrían ser:

quamdiu: mientras llega el momento del vecimiento de la obligación (29);
si intra diem certum: llegado el vencimiento (30).

En este caso el *usus* no tendría explicación, salvo que se entendiera pacto de anticresis (volveremos luego sobre ello).

Pero podría ser también que a la *conventio pignoris* se le hubieran añadido dos pactos (de uso y venta) referidos a los siguientes distintos momentos:

quamdiu: se refiere al momento clave natural de la prenda, cuando ha llegado ya el vencimiento de la obligación y el deudor no ha satisfecho su deuda, ... *pecunia soluta non sit* ... Esta interpretación encaja, además, en la idea de una *conventio* en lugar de un *datio* salvando el problema de la *possessio* de la prenda manual. Entonces, el pacto añadido la *conventio* el acreedor podría usar de la servidumbre. ¿Hasta cuándo?

si intra diem certum: un segundo pacto, *de vendendo*, concedería al acreedor el *ius distrahendi*, pero este pacto llevaría un término —*dies certus*— de carácter suspensivo; *dies* que fijaría el momento en el cual el acreedor cesaría en el uso de la servidumbre, entraría en juego el contenido del pacto, y ejercitaría el *ius vendendi*.

(29) D'ORS, *loc. cit.*: «en tanto no se pague la cantidad debida».

(30) D'ORS, *loc. cit.*: «sí no se paga dentro del plazo».

Tanto de la redacción del texto tal como nos ha llegado, como de las consecuencias lógico-jurídicas que de cada hipótesis se deducen, pensamos que es este último supuesto—dos pactos referidos a dos momentos distintos después de vencida la obligación—el que parece más verosímil; ello sin perjuicio de lo que luego diremos para la hipótesis de que se trate de servidumbre no constituida, sino a constituir.

2. Partiendo de una servidumbre que no existía con anterioridad y que se constituye para darla en prenda. Sólo cabe pensar en deuda y *conventio pignoris* del propietario del que ha de ser fundo sirviente, cupiendo entonces dos variantes:

2.A. Ticio debe mil sestercios a Cayo, su vecino.

- Le constituye y le da en prenda una servidumbre (Ticio, sirviente; Cayo, vecino dominante).
- La constitución podría hacerse por *mancipatio fiduciae causa*.
- Como el acreedor es vecino usa de la servidumbre, uso que entrañaría un sentido fáctico, material, de posesión.
- ¿Por qué tiene que vender a otro vecino? ¿No podría cobrarse con la servidumbre? Si vende para cobrar en dinero su crédito, ¿cómo se conjuga esta venta con el principio de adherencia al fundo de las servidumbres?
- ¿Se podrían haber añadido a la *mancipatio* unas *nuncupationes* que permitieran tales maniobras y que en último término facilitarían la defensa de Sempronio comprador?

2.B. Ticio es deudor de Marco, que no es vecino suyo.—Constituye servidumbre sobre su fundo y se la da en prenda a Marco.

- Los pactos se nos presentarían aquí como alternativos: al no ser vecinos los fundos, el acreedor (no vecino) no puede usar, pero sí vender a un vecino (Cayo o Sempronio) al no serle pagada la deuda.
- El problema grave, prácticamente insalvable, surge aquí al preguntarse cómo puede constituirse una servidumbre que no reúne los requisitos de *utilitas et vecinista*.

3. Partiendo de que no hay ni se constituye servidumbre, sino que se conviene constituir la en su caso si la deuda no fuese pagada.

- Esta convención—*conventio pignoris* de una servidumbre a constituir—, por la que se garantiza el pago de la obligación

principal, presentaría la siguiente compleja estructura: la garantía del crédito consistiría en

- a) si no se paga (o mientras no se pague) se usa de hecho el fundo del deudor (para pasar, conducir agua, etc.);
- b) aunque no haya lugar al uso (acreedor no vecino) el deudor estará siempre coaccionado por el *pignus*, ya que de no pagar verá su fundo gravado por una servidumbre que en su momento habrá de constituir;
- c) de este modo, el deudor se obliga a, caso de impago, constituir servidumbre legalmente.

3.A. Ticio debe a su vecino Cayo. Pacto constituir servidumbre.

- Cayo puede usar, por el pacto de uso, lo que implica bien una coacción al pago, bien un pacto de anticresis (problemático, por otro lado, antes de haberse constituido el objeto—servidumbre—de la prenda), bien un período de tiempo pactado de uso vencida la obligación, tal como antes nos referíamos.
- Su defensa frente a Ticio (deudor sirviente) le vendría dada por la defensa pretoria dimanada del pacto.
- Al no pagar Ticio, ¿podría Cayo obligarle a constituir servidumbre a su favor?—*lex commissoria*—. En principio no vemos razón alguna de peso para que no pudiera ser así. Incluso el texto dice «le sea lícito» (31), lo que indica un ejercicio potestativo no impositivo.
- *Si intra diem certum* ... Cayo puede vender a Sempronio obligando a Ticio (con los instrumentos procesales derivados del pacto) a constituir servidumbre a favor del comprador.
- La venta tendría por objeto y razón el cobrarse el acreedor pignoraticio su crédito, en metálico, del precio de la venta.

En este supuesto tendrían cabida las tres hipotéticas soluciones respecto a los pactos, antes anotadas:

- a) Los pactos de uso y venta son alternativos excluyentes, a elección del acreedor, una vez vencida la deuda.
- b) El acreedor usa hasta el vencimiento, y llegado éste, sin haberse producido el pago, vende al vecino.

(31) D'Ors, *loc. cit.*: lee «... puede...»

- c) Uso y venta actúan como opciones referidas a momentos distintos, después de vencida la obligación.
- 3.B. Ticio debe a Marco, no vecino.

- La garantía de Marco, que no puede usar, viene dada por la coacción sobre Ticio que verá gravado su fundo con servidumbre si no paga su deuda.
- Marco vende a Cayo o a Sempronio (vecinos de Ticio), y éste se verá obligado, por el pacto con Marco, a constituir servidumbre en favor del comprador.

En ambos supuestos la protección jurídica procesal vendrá dada por la actuación pretoria en virtud de los pactos establecidos, y una vez constituida la servidumbre en favor del comprador (o del propio acreedor), por las acciones propias del derecho real de servidumbre.

Sobre los presupuestos de esta tercera hipótesis, al no hacerse desde un principio *conventio pignoris* sobre servidumbre, sino convenio de constituir en su día servidumbre, quedan superados los obstáculos principales que antes apuntábamos: la entrega en posesión del objeto de la prenda, y la inherencia al fundo propia de las servidumbres; el primero, porque siendo el objeto de la prenda una servidumbre a constituir, no ha lugar material a la entrega en posesión (el uso del que se habla en el pacto no tendría más significado que una mera detentación y un ejercicio de hecho; o en el mejor de los supuestos, el efecto propio de la constitución de la servidumbre como tal derecho real en favor del acreedor); y el segundo, porque la servidumbre como tal derecho real sólo quedaría constituida a la terminación del suceso, en favor del fundo del vecino comprador.

4. Todavía podrían hallarse otros supuestos habida cuenta de que la *conventio pignoris* puede ser constituida por un tercero no deudor, pero ello no modificaría las consecuencias que ya hemos visto en los casos referidos.

V. Volviendo, pues, a los interrogantes que antes nos planteábamos, podemos decir que de la exégesis de los textos que comentamos no puede asegurarse con certeza la posibilidad de *pignus* de servidumbre en el derecho clásico, y que por el contrario, en razón de las consecuencias y efectos propios del *pignus* y del principio de inherencias al fundo de las servidumbres, parece más razonable acoger la tesis generalmente sustentada de la imposibilidad clásica del *pignus* de servidumbre.

En cualquier caso, y como posible modificación a lo dicho, es de apuntar que las hipotéticas posibilidades en Derecho clásico habrían de referirse al *pignus conventus* y no a la prenda manual.

Igualmente, y en razón del análisis verificado, pensamos que el fragmento 12 objeto de nuestro estudio hubiera debido referirse, tanto en el Derecho clásico como en el justiniano, a una servidumbre a constituir.

Un punto aún puede plantear problema sobre esta cuestión, y es el de si el término «servidumbre» que en el fr. 12 viene específicamente referido a *viae itineris actus aquae ductus* puede hacerse extensivo, en cuanto a su posible pignoración, a todas las servidumbres o ha de entenderse restringido a las cuatro prediales referidas.

Ya indicamos cómo la doctrina se muestra en general de acuerdo, estimando que (D.20.1.11.3) no pueden en modo alguno comprenderse las urbanas, ya que como dice BIONDI (32), hay incompatibilidad práctica de transferir a otro fundo la utilidad.

SOLAZZI (33) ha planteado la cuestión remitiéndose a la tesis de CIAPESSONI: servidumbres ya constituidas, y por ende sólo las cuatro rústicas que podían darse *mancipatio fiducia- causa*. GROSSO (34) piensa que según el texto incluso en JUSTINIANO sólo se refiere la posibilidad de pignoración a las cuatro servidumbres prediales mencionadas. FREZZA (35) se pregunta si la cita del fr. 12 ha de entenderse *exempli causa*, por lo que la norma allí contenida se extendería a todas las rústicas en contraposición a urbanas. Sin decidir tajantemente la cuestión, piensa FREZZA que si hubiera habido limitación legal a las cuatro rústicas *mancipi* más antiguas, lo sería por razones puramente históricas. Y ciertamente, sin que dispongamos de datos para sentar una conclusión tajante, no parece encontrarse un argumento jurídico de fondo que impidiera aplicar al resto de las servidumbres rústicas los criterios que fueran de aplicación a las de *iter, via, actus et aquaeductus*.

Una observación última hemos de hacer en orden a la situación desde el punto de vista justiniano. Ya apuntamos cómo en JUSTINIANO la figura de la *quassi possessio* permitía un mayor campo de acción sobre los objetos del *pignus*, flexibilizando el principio de transmisión posesoria de la prenda (36). Además, con JUSTINIANO se potencia la tesis de máxima protección a la voluntad de las partes de un negocio jurídico, con lo que el derecho busca fórmulas legales que permitan

(32) BIONDI, *La ser... pre... D. R., loc. cit.*

(33) *Loc. cit.*

(34) *Loc. cit.*

(35) *Loc. cit.*

(36) BIONDI, *La ser... pre... D. R., loc. cit.*

amparar, apoyar y proteger jurídicamente aquella voluntad (37); fórmulas que en nuestro supuesto—*pignus*—pudieron venir dadas aplicándole de alguna manera los principios que regían las servidumbres personales, y enfocando así el caso con un más amplio y flexible criterio que superara las dificultades objetivas que presentaban las servidumbres en el Derecho clásico.

En este sentido, FREZZA (38), al comparar el contenido del fr. 12 con el del fr. 11.2 (sobre el usufructo), hipotetiza sobre la idea de que el fr. 12 contuviera un caso de constitución temporal de servidumbre predial, lo que significaría un ejemplo de servidumbre rústica predial constituida como persona.

VI. Otro aspecto que conviene abordar es el referido al pacto de uso.

*quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur
(scilicet si vicinum fundum habeat)*

Ya hemos visto cómo este pacto puede referirse a dos momentos:

- mientras llega el vencimiento del crédito,
- una vez vencido, sin que se hubiera pagado.

Grosso (39) apuntó ya la idea de que el pacto se refería a que cuando el acreedor tuviese un fundo vecino, gozaría, por el pacto con el deudor, de la facultad de utilizar de hecho—*inmissione*—el contenido de la servidumbre *constituenda*, si bien se pregunta hasta qué punto ese uso, esa inserción en la servidumbre, en el ejercicio de hecho de su contenido sobre el fundo vecino y que en su día podría ser vendida a otro vecino, estaría en el período clásico tutelada por el derecho pretorio (40).

(37) BIONDI, CICU-MESSINEO, *loc. cit.*, se manifiesta en el mismo sentido voluntarista.

(38) *Loc. cit.*, págs. 175-176.

(39) *Loc. cit.*

(40) WINDSCHEID, *op. cit.*, págs. 821-822, estima que en los casos de *pignus* sobre derechos en cosa de otro el verdadero objeto de tal derecho de prenda lo constituye no el derecho, sino solamente la cosa; el acreedor pignoraticio tiene potestad jurídica sobre la cosa en cuanto puede respecto a ella hacer voluntad operante la voluntad de otro, y puede exigir también la posesión para cuanto a este fin le sea preciso; aunque el propio WINDSCHEID no deja de preguntarse (número 11) qué es lo que el acreedor pignoraticio enajena si no es el derecho del pignorante; preguntándose también si a continuación del *pignus* puede seguir, como en la prenda manual, el disfrute del derecho empeñado, haciendo suya la opinión que dice generalizada en torno a que no tiene el acreedor pignoraticio,

Pensamos que ciertamente esta *inmissio* de la que GROSSO habla, constituye parte del contenido legal de las servidumbres, y que precisamente es la existencia legalmente reconocida de una servidumbre la que convierte en lícita tal *inmissio* sobre el fundo (41). Ahora bien, el pacto *ut... utatur* ¿era constitutivo de servidumbre como tal derecho real? Ya vimos cómo SOLAZZI piensa que sólo facultaba al acreedor para usar, defendido por la *exceptio pacti*, porque el mero pacto no tenía potencia jurídica suficiente para crear el derecho real de servidumbre. El propio SOLAZZI, en el análisis de D.20.1.11.2, D.20.1.15 pr. y D.20.6.8 pr., pone de relieve cómo los juristas clásicos negaban también efectos reales al pacto de prenda de usufructo, pensando que tales pactos no son sino meras convenciones lícitas de usar la cosa mientras no se pagara el crédito, y que estarían protegidos por la tutela pretoria (*exceptio pacti*) sobre la base del principio *pacta servanda*. De idéntica manera, o al menos de forma análoga habría que interpretar el fr. D.20.1.12 que comentamos.

Sobre la base además de considerar el fr. en lo referido al pacto, como interpolado, todavía podríamos añadir con el uso mencionado una nueva analogía entre servidumbres prediales y personales.

De todas formas la significación del pacto de uso en razón a las consecuencias o efectos que produciría, estará en relación con los distintos supuestos a que el caso pudiera hacer mención. En tal sentido habría que considerar las hipótesis de que el fragmento contemplara una prenda manual o un *pignus conventus*, que se refiriera a una servidumbre ya constituida o a constituir, y por último, a cualquiera de los dos períodos o momentos de los que antes hablábamos (mientras llega el vencimiento, o una vez vencido el crédito). Sobre ellos, tendríamos:

- a) supuesto de prenda sobre servidumbre ya constituida y mientras no ha vencido el crédito.

en estos casos, la *actio hypothecaria*, sino la tutela posesoria sobre el disfrute. Por su parte, MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Bruxelles, 4.^a ed., pág. 881, piensa que a tenor del fr. 12 el acreedor obtiene, a título de prenda, el derecho a ejercer sobre el fundo los poderes contenidos en la servidumbre rústica, si es vecino, y venderla, vencido el crédito, a otro vecino. Sin embargo, añade, núm. 24, que la singular disposición del fr. 12 sólo podría comprenderse, en rigor, si fuera posible considerar la pignoración de un derecho de servidumbre únicamente como concesión de un mandato para vender el desmembramiento de un derecho de propiedad que comprenda los poderes contenidos en la servidumbre; pero el pacto *quandiu...* añade a esto un elemento que hace incompatible la decisión de PAULO con la naturaleza de las servidumbres prediales, por lo que concluye estimando que es también imposible explicar satisfactoriamente la diferencia entre los fr. 11,3 y 12.

(41) D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, loc. cit., págs. 115-116.

El uso vendría dado, o al menos podría venir dado, como un instrumento de coacción sobre el deudor para obligarle al pago y verse liberado del gravamen efectivamente ejercitado; sin embargo, no parece aceptable tal hipótesis ya que choca con el principio de que el acreedor pignoraticio no puede usar la cosa dada en prenda bajo amenaza de *furtum usus*. ¿Sería el pacto la forma de evitar dicha amenaza? D'ORS dice (42) que por un pacto—de hecho, de renuncia a la acción—puede autorizar el pignorante al acreedor pignoraticio el uso de la prenda. De todos modos tampoco parece correcta la aplicación de este criterio al pacto, pues se daría una situación materialmente usurera o de enriquecimiento injusto en favor del acreedor, una vez que el deudor hubiera pagado su deuda. Pudiera también pensarse en un uso, al objeto de considerar sus efectos como «frutos» de la servidumbre pignorada, con lo que nos hallaríamos ante un posible pacto de anticresis; si bien esta hipótesis chocaría con la consideración jurídica de los frutos. Una última suposición, que abonaría la tesis interpolacionista del fragmento, y su planteamiento con mentalidad bizantina, sería la de ver en dicho uso una analogía con la servidumbre personal del usufructo, implicando así que el acreedor, por el pacto, use meramente de la servidumbre pignorada.

b) Si partiéramos de los mismos presupuestos, pero referida la *conventio* a una servidumbre a constituir, el pacto expreso encontraría explicación lógica, ya se dirigiera a la coacción sobre el deudor o a la anticresis, en el hecho de su necesidad absoluta por cuanto al no estar aún constituida la servidumbre, sería el único medio de justificar la *immissio* del acreedor.

c) Referido al momento de vencida la obligación, podría pensarse que hace referencia a la constitución de la misma servidumbre, aunque ya recogimos la tesis crítica de este supuesto, que no parece aceptable. Tendría también algún sentido en el caso de servidumbre ya constituida, cuando la prenda girara entre deudor dominante y un tercero acreedor, pero ciertamente sólo abordaría entonces una posible defensa del tercero frente al propietario del predio sirviente de la servidumbre pignorada. Por otro lado, pactar que si no se paga el acreedor puede usar de la prenda vencida la obligación, es presentar falsamente el problema si tenemos en cuenta que la prenda recae sobre servidumbre que no puede ser, por su naturaleza incorporal, objeto de posesión, y en consecuencia, no podría hablarse de prenda manual sino de *pignus conventus*, y el pacto sería innecesario. La redacción del fragmento parece llevar a la interpretación de que el negocio se concluye directamente por el pro-

(42) D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, loc. cit., pág. 218.

pietario del predio sirviente, que pignora. En cualquier caso, en el supuesto que analizamos, y sobre la base de pignorar el propietario del sirviente, sólo tendría lógica el pacto en relación con el subsiguiente de venta, salvo que se entendiera que el uso se refiere a un primer período vencida la obligación, y la venta, sujeta a término, a un segundo momento; o bien que ambos pactos son alternativos excluyentes en razón de la vecindad: vencido el crédito, y no pagado, el acreedor usa si es vecino, y vende a un vecino si él no lo es. En esta última hipótesis el pacto de uso sería técnicamente un pacto de *lex commissoria*.

d) Consideración también de innecesario, salvo referido a dos momentos diferentes, tendría el pacto de uso tratándose de una prenda de servidumbre a constituir, vencido el crédito.

e) Hipotetizando que se trate de un *pignus conventus*, el pacto no tendría tampoco razón de ser referido a «mientras esté vigente el crédito y no ha llegado su vencimiento», ya que sería contrario a la naturaleza de la hipoteca, tanto se tratara de una servidumbre ya constituida como a constituir.

f) Y por último, en el supuesto de *pignus conventus* vencida la obligación, los efectos serían los mismos que los estudiados para la prenda manual que, como ya dijimos, solo falsamente sería manual.

En conclusión diríamos que, en razón del pacto de uso, ha de pensarse que o bien se refiere a «mientras» dure el crédito, y la servidumbre sería entonces a constituir; o bien se refiere a «vencido» el crédito, en cuyo caso ha de hablarse de pactos alternativos (uso-venta, en el sentido ya recogido) o de períodos diferentes y sucesivos aplicables al uso y a la venta.

VII. Veamos ahora el pacto de venta. En principio puede afirmarse que la posibilidad de *vendere eas vicino* significaba una ruptura de la regla de inherencia al fundo de las servidumbres, y en consecuencia, como dice SOLAZZI, una excepción al principio de inalienabilidad (43).

BIONDI, que había (44) sugerido que después del aprovechamiento de la servidumbre por el acreedor para su propio fundo, vencido el crédito pasaba el derecho real mismo, por la venta, al comprador, en base a la simple aplicación de la posibilidad de transferir la servidumbre a otro propietario sin necesidad del consentimiento del fundo sirviente en los casos de prenda, porque la realización de ésta no puede estar subordinada al consenso de otro, ha intentado luego (45) salvar el serio escollo que representa el principio de inherencia al fundo,

(43) SOLAZZI, *loc. cit.*

(44) BIONDI, 1946: *La ser... pre... D. R., loc. cit.*

(45) BIONDI, 1967: *La ser..., CICU-MESSINEO, loc. cit.*

argumentando sobre la base de que, en línea de ejecución, se produce un transferimiento coactivo de un fundo a otro, análogo al que se tiene por la expropiación de cualquier cosa hipotecada, pero no de la servidumbre, sino del «goce» sobre la servidumbre; y encuentra el preciso apoyo técnico jurídico en el principio de que la venta romana no tiene carácter traslativo de propiedad, y el comprador no adquiere la propiedad de la cosa, sino sólo el pacífico goce de la misma (*habere licere*). De esta forma el «ejercicio» de la servidumbre vendría transferido a otro (el vecino comprador). No deja, sin embargo, de preguntarse el propio BIONDI si esta limitada eficacia, que atenúa el principio de inseparabilidad del fundo de las servidumbres, sería clásica o justinianeas (46).

GROSSO (47) parte del supuesto de que la *quaestio* sometida a POMONIO hubo de referirse a una *conventio pignoris*, sin inicial transmisión de *possessio*, precisamente de una servidumbre *constituenda* en favor del comprador, operando en tema de derecho pretorio en torno a la protección concedida al acreedor pignoraticio y al propio comprador.

SOLAZZI (48) vuelve a plantear la dificultad de transferir una servidumbre ya constituida en favor de un fundo, el del acreedor pignoraticio, señalando cómo al vender a otro vecino se transfiere objeto diferente en razón de que el contenido de la servidumbre es «relativo» en orden a la necesidad y utilidad del fundo dominante, distinto, por tanto, para el acreedor y para el comprador, con fundos diferentes, y que en consecuencia para hacer posible la venta del *pignus* no podía constituirse servidumbre en favor del acreedor pignoraticio. Apunta, además, cómo esta facultad de vender sería vana, porque el contrato entre el acreedor pignoraticio y el comprador no podría ejercitarse frente al pignorante; afirmando que en Derecho clásico no se podía compeler a una *in iure cessio* a favor del comprador, y que sería poco probable que pudiera éste oponer la *exceptio doli* frente a una *actio negatoria* del pignorante. De todo ello deduce que hay que excluir el carácter clásico del pacto de venta recogido en el fragmento.

Realmente parece poder afirmarse que la existencia de tal pacto sólo puede ser compatible con la hipótesis de una servidumbre a constituir, y que precisamente junto al pacto de venta, y como consecuencia y complemento lógico de él, la *conventio pignoris* fuera establecida para ser constituida servidumbre en favor, en su día, del comprador.

(46) RUDORFF, *Ann. crit. per la G. P.* XV, citado por WINDSCHEID, *loc. cit.*, número 11, sólo da al acreedor, respecto al comprador, la facultad de procurarle la posesión.

(47) *Loc. cit.*

(48) *Loc. cit.*

De igual forma es de destacar la línea ya señalada por BIONDI que puede perfectamente conjugarse con la que antes ya dijimos respecto a las analogías justinianeas entre las servidumbres prediales y las personales (usufructo). Por similitud con éste (49) la venta se referiría al ejercicio del contenido de la servidumbre, pero sin traspaso del derecho real, aun en el supuesto de que la servidumbre hubiera estado constituida en favor del acreedor pignoraticio. El texto podría estar así en relación directa con D.fr. 11.2, que plantea el tema en orden al usufructo; y adquiriría así mayor validez la tesis de GROSSO sobre que D.11.3 es una mera aposición justinianeas para la coordinación entre fr.11.2 y el fragmento que nos ocupa. En esta misma línea apunta CIAPESSONI (50), y cabe hacer un paralelismo con lo que FREZZA (51) señala sobre el *pignus* de usufructo.

Se pueden aún conjugar ambas posiciones, señalando, como hace SOLAZZI (52), que sería posible que el derecho real de prenda sobre servidumbre fuese exclusivamente justiniano, mientras que en el clásico se dio un sucedáneo a través del pacto de goce de servidumbre protegido en vía pretoria. De esta suerte, mientras que PAULO se ocuparía en su *responsum* de dicha protección, no aparecida hasta más tardíamente, POMPONIO hubiera debido contestar «no» a una posible *quaestio* que en tal sentido le hubiese sido formulada (53).

En otro orden, recordemos lo ya dicho respecto a la relación existente entre el pacto de venta y el que le precede de uso. Ciertamente, si el acreedor pignoraticio no era vecino del pignorante sirviente, la venta de la servidumbre (ya su goce material, ya *constituenda*) sería el único contenido material de su garantía, y en esta hipótesis la venta aparecería como alternativa excluyente del uso. Por el contrario, si era vecino, hemos de preguntarnos por qué habría de vender a otro vecino y no quedarse la servidumbre él mismo (*lex commissoria*). Ciertamente

(49) D.24.3.57, D.7.1.12.2, D.23.6.66.

(50) Citado por SOLAZZI, *loc. cit.*

(51) *Loc. cit.*, págs. 175-176.

(52) *Loc. cit.*

(53) Notable es la opinión de KELLER, *Ann. del d. comp.*, 1858, cit. por WINDSCHEID, *op. cit.*, que piensa que el fr. 12 tenía como problema fundamental de fondo la eventual venta del acreedor pignoraticio. Por su parte, EISELE, *op. cit.*, habla de una posible venta del acreedor pignoraticio al propietario de la cosa sirviente. PUCHTA, DERNBURG y GOPPERT, *cits.* por WINDSCHEID, parten de la base de que el acreedor pignoraticio adquirió el derecho de servidumbre, pero disienten respecto a la facultad de vender; así, PUCHTA piensa que puede vender el mismo derecho adquirido; DERNBURG, que sólo podía hacerlo si había pacto expreso para ello y no vende realmente el derecho que adquirió, sino que se constituye otro derecho de igual contenido, y GOPPERT piensa que el acreedor pignoraticio puede vender el fundo dominante con la servidumbre vencido el crédito, pero si vende antes de vencer el crédito no transfiere la servidumbre predial al comprador.

podría ocurrir que el acreedor estuviera más interesado en cobrar en metálico su deuda, con el precio de la venta, y el pacto jugara entonces como opcional, pudiendo referirse a cualquiera de los dos momentos de que antes hablábamos: mientras llega el vencimiento del crédito, usa, y vencido, vende; o la venta ha de referirse a un segundo momento posterior al vencimiento—*si intra diem certum*—, en cuyo caso habríamos de hablar de un pacto de venta a término.

De todo lo dicho, y a tenor de las consideraciones que venimos haciendo, nos inclinamos por un pacto de venta alternativo excluyente en el caso de acreedor no vecino, y referido a un segundo momento posterior al vencimiento, opcional para el acreedor pignoraticio si fuera vecino; y todo ello relativo a una servidumbre a constituir.

Todavía un último problema habría de referirse a la posibilidad de que en dicha venta el acreedor pignoraticio obtuviera un precio superior a la cuantía de su crédito, en cuyo caso pensamos que deberían entrar en juego los principios generales respecto al *superfluum* (54).

VIII. En conclusión, y a la vista de los corolarios derivados de los múltiples supuestos que caben en la exégesis del texto, y que hemos venido poniendo de relieve, entendemos que tal como ha venido interpretándose por la doctrina, el fragmento 12.D.20.1 puede considerarse como no clásico, y que de tener algún contenido clásico, éste hubo de referirse a una *quaestio*, no llegada hasta nosotros, en tema de medios pretorios de defensa en vía de derecho honorario, en relación con fr. 11.2, y tal como señala GROSSO; mientras que siendo justiniano en la redacción que fr. 12 nos transmite, debe considerarse como más lógico que verse sobre un *pignus conventus* referido a una servidumbre a constituir, y en el que los pactos serían alternativos excluyentes en razón del supuesto fáctico de la vecindad del acreedor pignoraticio (si es vecino, usa; si no lo es, vende) o, incluso más probablemente, opcionales y referidos a dos momentos distintos después de vencida la obligación.

GERARDO TURIEL DE CASTRO
Profesor adjunto de Derecho Romano

(54) Véase FREZZA, *loc. cit.*

NOTAS

La anticipación como técnica jurídica contradictoria

Hay un momento en la historia del pensamiento (*), y tras la gran síntesis hegeliana, en el que parece—según FEUERBACH—que ¡ya está bien de *interpretar* el mundo: hay que *transformarlo*! Es entonces cuando se consuma el fervor «metafísico» de un Comte, aun cuando lo vertiera sobre la singladura de ese tercer estadio que ya ha nacido: el *positivo*. La *praxis* y la *estructura* constituyen las plataformas que MARX utilizará partiendo del pensamiento hegeliano, acogotando la realidad de una sociedad burguesa en la que él mismo está inserto, y tratando de *armonizar* sobre el futuro de esa sociedad, o del Estado futuro. La interpretación *transformadora* o *revolucionaria* marxista se convierte en *predicción*, hoy diríamos futurología. Y ésta es la base de una ideología que sin pretensiones dogmáticas, lleva en sí la carga creadora, o transformadora, o revolucionaria. La *praxis*, pues, se convierte en teoría, cualquiera que fuesen los efectos o las verificaciones. (V. BOZAL, en *Dialéctica y Ciencias Sociales*, en la obra *Filosofía y Ciencia en el pensamiento español contemporáneo*, Madrid, págs. 299-317.)

* * *

Tales indicaciones se ofrecen como pórtico al gran tema de la anticipación o predicción en el terreno de las Ciencias Sociales, en su más amplio sentido, y dentro de ellas las jurídicas. El tema es, por un lado, por la exigencia de *objetividad* de las ciencias sociales, para descargar los elementos ideológicos que afloran—y a veces confunden—el trata-

(*) Este texto es extracto de la *Comunicación* presentada por el autor al *Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, celebrado en Estados Unidos—San Luis, 1975—, y se ofrece por cuanto pueda tener de bases generales para la técnica jurídica en un proceso de cambio ante el cual la «anticipación» forma parte de la propia técnica.

miento estrictamente científico de los problemas. Así lo apuntaron LASSVELL y LERNER (*The Policy Sciences*, 1951), como prevención a la consideración como *ciencia política* de toda auténtica ciencia social; y últimamente THEODORE CAPLOW, en su obra *La investigación sociológica*, con vistas—una vez más—de evitar toda *subjetividad*.

Y por otro lado, y más concretamente en las Ciencias Jurídicas, para situar en una línea más neutra, «*objetiva*» lo «*fundamental*», la impronta de positividad misma de la norma, que exige además una adecuación de *temporalidad actual* y de *concreción*. A lo sumo, para quedar como estructura formal, aunque fuese *movediza*. Algo así como esos rasca-cielos de la ciudad de Méjico, cimentados sobre bases anegadas, con inyecciones acuáticas, en unos casos, o en otros, con secamiento de marismas, para dar la sensación *inerme* de algo que se *mueve* o *conmueve*.

Pero se ha visto claro que ni «*objetividad*» ni la *positividad*, aplicadas al más amplio campo de la *sociedad* o al limitado del *jurídico*, pueden atenazar todos los planteamientos científicos. Primero, porque la «*cosa*» aun siendo «*natural*» lleva el diseño «*creador*», diríamos eternal; y el hombre como «*cosa humana*» es protagonista multiforme, rico, variado, con la opción y el sentido de *perfección* muy dentro. Y en segundo lugar, porque la sociedad de nuestro tiempo es enormemente dinámica y cambiante, y es muy difícil aprehender una realidad, intentando su verificación, cuando pasa, y se desliza. RYAN de manera especial en *Metodología de las Ciencias Sociales*, Madrid, 1973, alude ampliamente al tema de la *predicción* como «*meta de la Ciencia Social*», preguntándose si es *posible*; luego si es o no *contradictoria* con la explicación, con la experiencia; si es o no *compatible* con las programaciones a corto o largo plazo, con su riesgo a transformarse en *ideología*.

La obra de TINBERGEN y JENSES, *Perspectivas y futuro de la Educación*, Madrid, 1975, aun referidas al campo estricto de las Ciencias de la Educación, apunta igualmente en ese sentido, hacen prospecciones sobre la educación misma, como diseño de un «*devenir*», «*socializado*» y «*futurible*». Quizá sea éste—el campo de la educación—el auténtico o más efectivo para una predisposición hacia una *sociedad de futuro*. En realidad, MONTESQUIEU, trazó su «*espíritu de la leyes*» como farmacopea pedagógica, más que como dogma de la Ley y de los poderes de una sociedad.

En ese zigzag entre teoría y praxis, más el sumando del futuro, no es de extrañar que las propias Ciencias Sociales y del Derecho se vean sometidas a contrapuntos dispares, que a veces llegan a calificaciones novelescas, tales como la de ANDRESKI, *Las Ciencias Sociales, fórmula*

de brujería. Madrid, 1973, o, entre otros, GONZÁLEZ SEARA, *La Sociología como aventura dialéctica*, Madrid, 1973. SIMME da en el clavo cuando, según él, a partir de MAX SCHELER ya puede hablarse con claridad que *no hay ideas sin hechos, ni hechos sin ideas*; y que ambos—añadimos nosotros—son el futuro.

Se olvida con frecuencia la advertencia que hace RUBNER de que la Ciencia misma puede ser contemplada como producto-resultado y como proceso (en *Filosofía de la Ciencia Social*, Madrid, 1973), y en tal sentido, la predicción, anticipación o previsión, no son sino *resultado-perspectiva, científica o metodológicamente* operantes, pero traducidos en esquemas válidos en una *temporalidad o cifra*ción con lo que lo humano pueda darse. De todas maneras, el gran tema está, y seguirá estando, cómo partiendo de presupuestos fácticos, positivos, concretos, pueda omnicomprenderse científicamente la realidad de *lo dado*, y la que—sin experiencia—*puede darse*. Por más que se tienda a naturalizar las ciencias sociales y jurídicas y a *humanizar* las ciencias naturales, existirá en aquélla, siempre, el factor del *diseño creador* del hombre en libertad y en trabajo, que nunca muere por la cuadratura del círculo, y que se encuentra *en-sí, para-sí* con el *otro*, motivador o estimulador de su propia Personalidad o Libertad.

La *anticipación*, como pronóstico, acaso sin duda facilite el camino de una indagación, pero con el riesgo de hacer *mito*, o de suponer una contradicción dogmática, si las previsiones no se cumplen científica, epistemológicamente, planteadas. Por ello, en ese campo genérico de la investigación social la *anticipación* se pregona como necesidad inexorable, precisamente porque situaciones y hechos nuevos, aceleradamente presentados o imaginados, se ofrecen con urgencia o inmediatez a los ojos del observador y del científico.

La cuestión cobra significativo interés en la *Ciencia Jurídica*. En realidad, la anticipación en el plano filosófico se ha venido presentando como secuela y consecuencia de una explicación filosófica, es decir, bajo el planteamiento o la búsqueda de algo irreducible, válido y vigente, en la *universalidad* o la *generalidad* de los planteamientos. Los sofistas, indagadores de la realidad por encima de una visión *cosmológica*, en el fondo no trataron sino de alertar sobre la esencia de móviles, *topos*, argumentos, válidos a unas sociedades más amplias y genéricas. Platón más hábilmente las condujo a las *ideas*, y el pueblo judío las sostuvo—y las sostiene—con la expresión *mesiánica* que, sin dejar el esquema *fisis-nomos* que ya se vislumbra en el pensamiento helénico y que en Roma toma caracteres más *confortadores*, *impregnará*, como es sabido el de un *Derecho Natural*, que ya no será copia o traducción de la *fisis*, sino ex-

plosión reveladora de una ética natural, dinámica y progresiva en la historia, con destinación, en lo *humano-eternal*.

La doctrina iusnaturalista cristiana—en el sentido agustiniano y si se me apura aún en el de Lutero, según mis propias investigaciones—está impregnada de *eterna-temporalidad*, o de *temporalidad eternal*, en el sentido de que comprenden al hombre y su mundo y en el mundo, y al tiempo con proyección perfectiva y creadora.

La «naturaleza»—el «Derecho Natural»—no es «*habitat*» confortable, sino expresión de esa dimensionalidad—*ideal-real*—tan buscada siempre y ahora.

Lo que ocurre es que ha de existir un reducto *mínimo*, pero suficiente, lo que más adelante habrían de llamarse *valores*, que se pueda *omni-comprender* en lo esencial; o los criterios operativos de futuro.

Todo *positivismo jurídico* se contradice rápidamente tan pronto se sucede o se confirma la propia *concreción* bajo la cual ha nacido. La reacción tras la segunda guerra mundial, partiendo de bases jurídicas relativistas, es una muestra reciente de esa contradicción materializada y concreta. Y MARX que opera sobre un materialismo dialéctico necesitará ser revisado por HEMPEL o LOUIS ALTUSSER hacia un *materialismo estructuralista* o un *estructuralismo dialéctico*.

La anticipación, predicción, previsión como técnica jurídica resulta necesaria, válida y fundamental en nuestro tiempo. Cuando se descubre América y se agolpan los problemas prácticos imprevistos—*naturaleza y titularidad* de las tierras; condición o no de súbditos; propiedad de las corrientes nuevas, como abandonadas o «descubiertas», etc.—fue preciso establecer un sistema de concreción que sólo en el terreno de la *Teología* y del *Derecho Natural* podrían darse. El Derecho Internacional, en el sentido de regular básicamente una comunidad más amplia que la territorial en la que se asienta el poder civil o eclesial, surge precisamente por el trasfondo en la *naturaleza de las cosas*, el sentido ecuménico del hombre en el mundo, la igualdad y libertad a *imago-Dei*—que dirían San Pablo y San Agustín—en resumen, por la existencia de unas pautas ordenadoras, no en el *a priori* de las ideas o de las *instituciones*, sino basadas en los valores de lo humano.

Eschuchamos y convivimos tres días—1975—con el doctor Golmark en Buitrago (España) para mostrar su esquema de la nueva sociedad rural. Había mucho en él de técnica, pero más de filosofía-anticipadora. ¿Cómo reconciliar la técnica y la ciencia sobre lo dado con respecto a un futuro que en todo caso para verificarse—a diferencia de la televisión en color por él inventada—necesita el concurso del hombre y de la sociedad actual y futura?

La anticipación, como técnica jurídica, o es mera *argumentación*—PERELMAN—como persuasoria con respecto a hechos actuales e inmediatos; o es mera lógica explicativa-intuitiva; o es ideología; o es mito. La anticipación como técnica jurídica verificable se termina con la interpretación jurisprudencial, sea libre o realista, para relacionarnos, en *presente*, lo que fue modulación normativa *pasada*. Y salvo que se instrumenten sistemas de admonición o de ejemplaridad, el Derecho y la Norma formalmente operan y se justifican o explican sobre condicionamientos presentes, experimentados o fácticos. La verificación y la experiencia terminan ahí. La pregunta—como en todos los tiempos, aunque con más rigor—, va a plantearse así: ¿Cómo prever mayor control, más justicia, más libertad en una sociedad que no se conoce, aunque se la prevé? ¿De qué manera el Derecho puede estimular, condicionar o auspiciar esas futuras realidades, recursos, o formas de organización social?

Como técnica jurídica caben embrionariamente estos caminos: aceptar lo dado, como *norma*, en su pretensión latente; transformar la predicción o método, en técnica o en futurología; o sumirse al devenir *determinista* y evolucionista tipo spenceriano, que enhebra en un sinfín la evolución y el progreso, ya que la tesis del «*conflicto*» como intermitencia continuada es un tornillo sin fin. Cabe, una vez más, que se presente la dogmática de una utopía y del mito, como salidas cómodas a explicaciones no lógicas. También la aparente y forma contradictoria como explicación ante la sorpresa de la que nos es *dado* y de lo que ha de *ser*. Pero toda lógica formalista y argumental se quiebra si a la anticipación se la utiliza como *técnica jurídica* de controles futuros..

Para nosotros los temas de la anticipación o predicción, aunque matizan lo que tienen de interés para las Ciencias de prospección, de mercados o algunos aspectos concretos de otras ciencias sociales, en materia jurídica resultan contradictorios si la concepción del Derecho es meramente *estructural*, o formal, o positiva. Ningún Derecho radicalmente positivo, o seriamente positivo, puede prever situaciones o regular supuestos que respondan a *nuevas organizaciones* o problemas.

Como técnica jurídica es contradictoria en su *raíz*. No existe más que una contemplación de la anticipación como supuesto válido: reconocer una sustancia *metapositiva* al Derecho y a la Norma. Es un trabajo nuestro, *El Derecho, forma dinámica de vida social*, Madrid, 2.^a edic., (1965), subrayábamos precisamente ese adjetivo *dinámico*, para mostrar casi gráficamente el sentido proyectivo de una norma, y las posibilidades de *omnicomprender* en esquemas reglados situaciones más generales y más comunitarias, cuando se basen en valores o en principios iusnatura-les, humanos.

La anticipación como técnica jurídica-positiva es inoperante y contra-

dictoria. La anticipación como expresión de *justicia*, de exigencia de norma, de ordenación creadora hacia la naturaleza de las cosas y de las instituciones dinámicas presentadas en la organización social del futuro, no sólo es válida sino *necesaria*. El gran tema, al igual que los grandes *retornos*, radica en esto: de *qué fuente*, de *qué raíz*, de *qué valores* pueden comenzarse a estructurar las pautas y criterios para esa ordenación ¿Nos bastaría en los de carácter *abstracto*, o formal, o estructural? ¿No anidarán aquí, de nuevo, las añoranzas hacia sistemas ético-materiales, substantes, capaces de sobreponerse a todo vaivén materialista pragmático, utilitario?

No olvidemos unas preguntas previas, que no es mera interrogación argumental, y que debe responder ante el tema de la anticipación: ¿en *razón de qué, para qué*, nos hacemos—todo el mundo y los filósofos sociales y juristas en particular—esa pregunta de cómo la anticipación puede ser para prever los nuevos métodos y problemas de una sociedad o de sus recursos? ¿Qué *valores y fines*—la paz, la justicia, la libertad, la coexistencia, el bien común, etc.—ponemos para que veamos precisa una ordenación ante el futuro? ¿Será para mantener el poderío de los fuertes y seguir en el aplastamiento de los *débiles*? ¿Qué razón de obediencia a esa Ley, de futuro, podemos dar como válida, como antes se daba ante el porqué de la obediencia a las leyes, o el derecho de rebelión al tirano? ¿Qué bases de redistribución de esos futuros recursos, como desarrollo en justicia social, pueden comenzar a preverse? ¿Por qué no es válida ya la teoría de la ocupación o de la fuerza, ante los recursos?

La *anticipación* como técnica es, repetimos, insuficiente o contradictoria. Es *necesaria* siempre que previamente haya ese *mínimo de valores* iusnaturales que están al lado, por encima o en el substrato de las ordenaciones juristas que creadoramente presentamos.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

VIDA JURIDICA

Leyes Hipotecarias de España.

Fuentes y evolución

Tomo I. (Leyes de 1861 y 1869), por el Centro de Estudios Hipotecarios. Editorial Castalia, Madrid, 1974. 682 páginas

I. INTRODUCCION

En este primer apartado de esta Recesión, vamos a tratar de fijar el *quién* de la autoría de la obra comentada. El «Centro de Estudios Hipotecarios» viene siendo dirigido desde hace ya algunos años por don EUGENIO FERNANDEZ CABALEIRO, en labor silenciosa y tesonera exenta de vanidad, quien en esta ocasión aparece rodeado de una pléyade de brillantes juristas que forman la Comisión redactora de la obra: LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, AURELIO MENENDEZ MENENDEZ, BARTOLOME MENCHEN BENITEZ, MANUEL AMOROS GUARDIOLA, VICENTE MONTES PENADES, JESUS BLANCO CAMPANA, EDUARDO FERNANDEZ GALBIS, JOSE LUIS BENAVIDES DEL REY Y RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO.

El *plan general* de la obra es dividirla en cinco tomos, dedicados, respectivamente, el I a las Leyes de 1861 y 1869, el II a las Leyes de 1909 (Volumen 1.º) y a las Leyes de 1944 y 1946 (Volumen 2.º), el III a la Legislación Hipotecaria de 1861 a 1973, el IV al Registro Mercantil, y el V a las Concordancias, Bibliografías e Indices.

La *denominación genérica* de «Leyes hipotecarias y registrales», pese a sus inconvenientes, se ha mantenido por la Comisión redactora en atención a su significado tradicional en nuestra patria desde el siglo pasado y

en base a que es la que mejor se ajusta a la realidad del proceso de evolución legislativa hipotecaria.

La cuestión del *método* a utilizar se decidió adoptando un rígido criterio cronológico pero sin romper la unidad del sistema introducido por cada una de las leyes hipotecarias, a las que se acompañan los antecedentes, trabajos previos, discusiones parlamentarias y exposiciones de motivos de cada norma. A continuación de cada texto legal y de su respectivo reglamento vienen las distintas leyes modificativas, complementarias o reformadoras, con la justificación de la reforma. Seguidamente aparecen las restantes disposiciones complementarias que no revisten el carácter de Ley, clasificadas siempre por orden cronológico.

Un punto importante, relacionado con el método, es el fijar si se iba o no a adoptar el criterio de exponer concordados *todos* los textos legales y reglamentarios, de tal modo que en la legalidad actual estuviesen presentes el origen y evolución de cada precepto. Criterio mantenido para las Leyes de 1861, 1869, 1909 y 1944, pero abandonado de momento para los textos reglamentarios.

Esta publicación del Centro de Estudios Hipotecarios persigue, en palabras de su Director don Eugenio Fernández Cabaleiro, una *doble finalidad*: la primera, de proporcionar una edición completa de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil y ponerla así al alcance no sólo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles sino también de los estudiosos del Derecho, en general; y la segunda, de aportar el conjunto de la obra al «II Congreso Internacional de Derecho Registral», en parte como prueba del nivel científico de nuestras leyes registrales y en parte para que esta aportación contribuya a la formación de la ansiada uniformidad internacional de esta rama del Derecho.

II. EXPOSICION DEL CONTENIDO DE LA OBRA

1. Entramos ahora en el *cómo* de este tomo I de la obra reseñada. Aparece estructurada como sigue: un Prólogo, del Director General de Registros y Notariado don JOSE POVEDA MURCIA; una Justificación y Propósito, del Director del Centro de Estudios Hipotecarios, don EUGENIO FERNANDEZ CABALEIRO; una parte de Introducción; y la exposición de las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869—con el método y plan dichos—y de sus reglamentos.

La primera parte, denominada INTRODUCCION, viene estructurada en cuatro grandes subapartados o epígrafes: el primero, debido a la brillante pluma de don LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, sobre el tema «Estudio de Derecho Comparado sobre 'Los principios de inspi-

ración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas'» (pág. 3 y sigs.); el segundo, del Registrador don BARTOLOME MENCHEN BENITEZ, sobre «Antecedentes de la registración de bienes en Derecho Histórico español» (pág. 29 y sigs.); el tercero, dedicado a la inserción de la Real Pragmática de 31 de enero de 1768 sobre los Oficios o Contadurías de Hipotecas; y el cuarto, que bajo el título global de «Frase previa de elaboración legislativa hipotecaria», comprende el Proyecto del Código civil de 1836, las Bases 50, 51 y 52 del Proyecto de Código civil de 1843, el Anteproyecto de los títulos de las Hipotecas y del Registro de don Claudio de Luzuriaga de 1848, el Proyecto de Código civil de 1851 y, finalmente, el Real Decreto de 8 de agosto de 1855 sobre «formulación de la Ley de Hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial».

La segunda parte, dedicada a las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869, comprende en sus distintos apartados la génesis y evolución respectiva de cada una de ellas, con sus respectivos trabajos previos o antecedentes, dictámenes de la Comisión del Congreso, discusiones ante el Congreso y el Senado, enmiendas con sus respuestas por la Comisión, texto legal y su Reglamento. En dos grandes epígrafes finales se recogen, de un lado, las alteraciones introducidas en la Ley de 1869 por otras posteriores, en especial por la de 1876, y, de otro lado, el punto relativo a la Ley Hipotecaria y el Código civil.

2. Tras la enumeración sumaria que acabo de hacer sobre el *cómo* la obra aparece estructurada, entro en este lugar a examinar también con la mayor brevedad el *qué* de la obra, es decir, su contenido, referido a aquellos puntos o temas que mayor trascendencia o importancia les concedo.

A) La aportación del Profesor DIEZ-PICAZO, sobre «Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas», puede ser considerada como un auténtico revulsivo entre las tranquilas aguas o lugares comunes de nuestros hipotecaristas y civilistas. Muy bien la califica FERNANDEZ CABALEIRO (1) de «ensayo de análisis histórico, que somete a revisión crítica las opiniones comúnmente aceptadas acerca del origen de nuestras Leyes Hipotecarias». El estudio del profesor DIEZ-PICAZO está compuesto por siete epígrafes y uno más para las Conclusiones de su análisis. Comienza en el primero examinando la tesis tradicional de la «inspiración germánica» de nuestras leyes hipotecarias, expuesta documentadamente por BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER (2) quien apunta hacia los notables trabajos en lengua francesa alrededor de 1840 sobre los regímenes hipotecarios y a la obra del

(1) V. JUSTIFICACION Y PROLOGO de esta obra, en pág. XIV.

(2) V. *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892, págs. 31 y ss.

profesor de Ginebra PIERRE ODIER, quien estudiaba únicamente el régimen jurídico del derecho real de hipoteca; quizá influyó en nuestros legisladores otro libro también publicado en 1840, el de ANTOINE DE SAINT-JOSEPH, que no se limita al derecho de hipoteca, sino que también recoge el derecho estrictamente registral, nos indica en nota el profesor DIEZ-PICAZO. Entiende el profesor DIEZ-PICAZO que la alusión de OLIVER al «régimen inmobiliario alemán» está desprovista de matices, ya que en 1840 no había llegado Alemania a la unidad nacional y en dicho país coexistían legislaciones muy diversas, y, por otra parte, está el dato de que el derecho conocido por «germánico» no podía limitarse a los países componentes de la nación alemana, habiendo ya existido en Flandes, Norte de Francia y Suiza.

En el segundo epígrafe el profesor DIEZ-PICAZO estudia el romanismo y germanismo hipotecarios en la Europa del siglo XIX y el mercado de capitales y el mercado inmobiliario. Comienza por analizar el conocido tópico de que las sucesivas reformas hipotecarias del siglo XIX en los países europeos constituyeron una especie de tensión entre los principios romanistas y los germanistas; entiende que tal planteamiento es demasiado simplista y de naturaleza formal, ya que la pervivencia del Derecho Romano coincide con unas determinadas situaciones económicas o sociales y el predominio del Derecho Germánico responde al juego de unos intereses económicos, bien de protección del llamado crédito territorial (interés de ampliar el mercado de capitales y las fuentes de financiación), bien del mercado inmobiliario en sí mismo considerado (interés de los adquirentes o compradores de bienes inmuebles). Habría que esclarecer, nos dice, el respectivo planteamiento histórico de uno y otro tipo de fenómenos económicos. Así las cosas, sigue, ello podría explicar que, en una fase inicial, las leyes son únicamente leyes hipotecarias, en una segunda fase se añade la publicidad de las mutaciones dominicales y de los derechos reales, y en una tercera fase el Registro se convierte en un auténtico Registro de la Propiedad por un desplazamiento del centro de gravedad del interés del mercado de capitales al mercado de inmuebles. A la 1.^a fase corresponderían, entre nosotros, las Contadurías de Hipotecas, a la 2.^a fase las leyes de 1861 y de 1869, y a la 3.^a fase o definitiva las leyes de reforma de 1944-1946.

Estudia DIEZ-PICAZO en el epígrafe 3.º las leyes prusianas y alemanas a mediados del siglo XIX, para desvanecer el conocido tópico antes aludido del «sistema alemán», ya que hay que determinar previamente *cuál era* el verdadero estado de la legislación prusiana en los años 1850-1860. En lo que a Prusia respecta, la materia de derechos reales e hipotecas fue en realidad regulada por vez primera con carácter general por una ley de 1783 y por el Código General de 1794; además, existía

la preocupación de conciliar el Derecho Romano, de aplicación consuetudinaria en Alemania, con las antiguas costumbres germánicas. Tras una Ley Hipotecaria de 1868, recogiendo las reformas pedidas por la doctrina, se concluye la reforma hipotecaria en 1872. De 1872 lo que hoy llamamos «principios hipotecarios germánicos». Existe, por tanto, un error histórico y un error de perspectiva al pensar en tales «principios» como históricamente inmutables y al pensar que pudieron ejercer completo influjo en nuestra primera Ley Hipotecaria de 1861-1869. Todo ello, aparte de la coexistencia de las diversas legislaciones de los Estados-Ciudades y de la unificación nacional conseguida en 1870.

En el epígrafe 4.º DIEZ-PICAZO analiza el tema de las Hipotecas y el Registro en Francia en la primera mitad del siglo XIX. Después del ensayo de la ley Colbert de 1693, fracasada por la oposición de los grandes señores feudales, y del Edicto de 1771 creando los «Conservadores de Hipotecas» de dudosa eficacia, llegamos a la Revolución, con las Leyes Hipotecarias de 9 de Messidor del año III (27 de junio de 1795) y de 11 de Brumario del año VII (1 de noviembre de 1798)—considerada en su tiempo como una casi reproducción del sistema germánico—. Durante la discusión del Código civil se produjo la conocida lucha entre los partidarios de uno y otro sistema (3) y los preceptos del Code de 1804 suponen una evidente regresión frente al sistema instaurado por la Ley de Brumario del año VII: se llegó al llamado sistema mixto, que admite la publicidad y especialidad en materia de hipoteca, pero con temperamentos y modificaciones. Tras el Proyecto de ley de reforma hipotecaria de 1849, se llega a la reforma hipotecaria de la ley de 23 de marzo de 1855: éste era el sistema vigente cuando se discute y aprueba nuestra Ley de 1861. Dicho sistema, conocido como «francés», más próximo al de la ley de Brumario del año VII que al tradicional, no era muy diferente de los sistemas entonces vigentes en Suiza y Prusia.

Examina en el epígrafe 5.º el profesor DIEZ-PICAZO las influencias belgas en la Legislación Hipotecaria española. Ha sido NUÑEZ LAGOS (4) quien ha sostenido la idea del influjo belga en los redactores de la Ley española de 1861. Parte de la base de que Luzuriaga no conocía el idioma alemán y su conocimiento del sistema llamado germánico era a través de los autores franceses, y de que los autores de nuestra Ley fueron un romanista (Gómez de la Serna) y un historiador (Cárdenas), siendo Gómez de la Serna quien—exiliado en Londres cuando mandaba

(3) V. PORTALIS: *Motifs et Discours prononcés lors de la publication du Code Civil par les divers orateurs du Conseil l'Etat et du Tribunal*, tomo I, página 749, y tomo II, págs. 662 y ss., París, ed. Firmin Didot Frères, 1838.

(4) V. en esta REVISTA: «El Registro de la Propiedad español», núm. 250. 1949, págs. 137 y ss.

el general Espartero—se puso en contacto con los redactores de la ley belga de 16 de octubre de 1851 y quien lleve a la ley española el sistema de los artículos 23, 24, 35, 37 y 38, tomándolos de la ley belga. Esta es la tesis de NUÑEZ LAGOS: pero el profesor DIEZ-PICAZO cree que es un simple atisbo de la realidad; de un lado, porque la estancia londinense de Gómez de la Serna es muy anterior a la Ley belga de 1851, y de otro lado, no están históricamente comprobadas las pretendidas relaciones con los reformadores hipotecarios de Bélgica y, además, la Ley belga de 1851 recoge el desacreditado sistema francés «de transcripción» y está muy alejada de nuestra Ley de 1861.

Examina en el epígrafe 6.º DIEZ-PICAZO las influencias ginebrinas en la Legislación Hipotecaria española, partiendo de un método de investigación que consiste en analizar los comentarios de GOMEZ DE LA SERNA a la Ley de 1861 y aplicarles un sencillo método de «cuantificación» de las citas. Resulta así que las citas más numerosas son la llamada «ley del cantón de Ginebra» y las «leyes de Baviera y de Grecia», y ambas leyes estaban en la recopilación citada de SAINT-JOSEPH, conocida entre nosotros. La llamada «ley del cantón de Ginebra» no pasó de ser un *proyecto*, recogido en el libro de ODIER, también conocido en España: es el proyecto BELLOT de 1827, que no fue aprobado y que constituía un punto de encuentro notable de los principios germánicos y franceses, y en el cual aparecen algunos preceptos que parecen claro origen de otros que después se reencuentran en nuestro Derecho.

En el epígrafe 7.º DIEZ-PICAZO estudia el Proyecto de 1851 y sus fuentes como procedentes de la Ley de 1861. En contra de la tesis del germanismo de Luzuriaga, la lectura de los Comentarios de GARCIA GORYENA (5) pone de manifiesto el puntual conocimiento de dicho autor y los de la Comisión acerca del Code Francés y de los trabajos reformadores franceses y la abundancia de citas de la llamada «ley de Ginebra» que parece haber sido tenida muy en cuenta. La tesis general de DIEZ-PICAZO es que «el Derecho Hipotecario español aparece originariamente formado por un fusión de elementos de tradición romanista o francesa con elementos germánicos, que, donde se había producido, o se estaba produciendo, era en Suiza y especialmente en los cantones suizos menos germanizados, más franceses, como ocurría en el mencionado cantón de Ginebra» (6).

Las CONCLUSIONES del profesor DIEZ-PICAZO son como sigue: *primero*, que la evolución de la legislación registral se produce en una línea, en la cual el primer estadio se ha encontrado constituido por la

(5) V. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, título XIX del tomo IV, págs. 183 y ss., Madrid, 1852, reed. ed. BASE, 1973.

(6) V. págs. 24 y ss.

defensa y protección de los acreedores hipotecarios, en un segundo estado, dicho sistema de defensa, lleva a hacer inscribibles todas las mutaciones jurídico-reales en general, y en un momento más tardío el sistema se completa con una más rigurosa protección de los adquirentes del dominio sobre inmuebles y sólo entonces llega a ser un auténtico «Registro de la Propiedad»; *segundo*, que la absoluta contraposición entre germanismo y romanismo, válida como esquema escolástico, constituye algo mucho más desvaído en la realidad histórica, como lo evidencian la Ley francesa de 1798 (Brumario del año VII) y los países alemanes en que regía el sistema francés; y *tercero*, que debe ser puesto en entredicho el pretendido «germanismo» de los redactores de nuestra Ley de 1861-1869, ya que, aparte las claras influencias francesas en la línea del espíritu de Brumario del año VII, los influjos más característicos hay que buscarlos en los países donde se encontraron entrecruzados los posteriormente llamados sistemas germánicos y latinos.

Hemos dado un especial relieve a esta aportación del profesor DIEZ-PICAZO, que nos parece fundamental, aquí y ahora, en la investigación de la Ciencia del Derecho en España. En palabras del autor, ese detenido estudio de las fuentes precedentes y datos históricos, debe contribuir a matizar y a colocar en su sitio los dogmas y lugares comunes, que, como inconcisos, nos han llegado. Aquí el recensionista no puede menos de recordar que si alguien sabe de lugares comunes—en suma, de «tópicos»—, de *loci communes* de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia, es el profesor DIEZ-PICAZO (7), quien ya en 1964 tradujo para nosotros la fundamental obra de THEODOR VIEHWEG y puso el pensamiento *aporético* en el centro de sus reflexiones sobre las diversas parcelas del mundo del Derecho. Fue VIEHWEG quien dijo que en los mismos conceptos, o quizá mejor, en las palabras utilizadas por la Ciencia del Derecho, está operando una tópica oculta, pero no menos actuante que la tópica del razonamiento. El valor del estudio del profesor DIEZ-PICAZO, publicado en este volumen comentado, es enorme y abre un amplio margen de interrogación respecto a lo que de verdad hay en tantos dogmas transmitidos hasta nosotros por los juristas que nos precedieron. Lo que nos aparece bastante claro es que *no hay* tal pretendida influencia *germánica* en nuestra Ley Hipotecaria de 1861-1869, como se nos enseñó dogmáticamente

B) La aportación del Registrador señor MENCHEN BENITEZ, sobre «Antecedentes de la registración de bienes en Derecho Histórico español», trata de recordar los más próximos antecedentes de la legisla-

(7) V. su traducción a *Tópica y jurisprudencia*, de T. VIEHWEG, Taurus, 1964, y su obra *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 1973, págs. 260 y ss.

ción propiamente registral y los de la inmobiliaria o hipotecaria, en frases del autor. Parte de la Pragmática de 1539 de don Carlos y doña Juana, que crea el Registro u Oficio de Hipotecas. Felipe V publicada dos siglos después una Pragmática mandando observar la de 1539. Analiza después la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, que abre el período de registración en tiempos de reformas administrativas, económicas y políticas. Cita el Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 creando el impuesto denominado «derecho de hipotecas». Estudia el período histórico que rodea la primera obra de reforma legislativa: el Proyecto de Código civil de 1836. Se detiene en el análisis del Proyecto de Ley de Bases de 1843 (Bases 50, 51 y 52 para la redacción de un Código civil) y glosa brevemente los comentarios que al mismo hace B. OLIVER. Cita el Anteproyecto de los Títulos de las Hipotecas y del Registro, del futuro Código civil, elaborado por Luzuriaga y adoptado después por el Proyecto de 1851 de Código civil; sigue al profesor DE CASTRO en su comentario al mismo y alude en varios lugares a la inspiración «prusiana» de Luzuriaga. Finaliza con el análisis histórico de la época de 1860 que vio nacer a poco nuestra primera Ley Hipotecaria de 1861.

Aunque con brevedad y en forma sintética, la aportación del señor MENCHEN logra centrar claramente las distintas corrientes políticas y socio-económicas que van rodeando y jalonando la aparición de los distintos brotes legislativos que luego culminarán en la Ley de 1861.

C) En el tercer apartado de la parte Introdutoria de esta obra se reproduce fielmente en forma xerocopiada del original el texto íntegro de la Real Pragmática de 31 de enero de 1768 estableciendo los «Oficios» o «Contadurías de Hipotecas». Tenemos así la posibilidad de tener directamente a la vista tan citada disposición, que es el punto de partida de la recopilación de la Legislación Hipotecaria. Al tratarse de una ley de observancia general—salvo en Navarra, que implantó tales «Oficios» mucho más tarde, en 1817, por acuerdo de sus Cortes—representa, nos dice FERNANDEZ CABALEIRO (8), «no sólo el primer paso decisivo para la uniformidad del Derecho Civil, sino también por establecer los Oficios de Hipotecas y determinar (9) los actos jurídicos sujetos a la formalidad de toma de razón», y supone el antecedente *inmediato* de la institución del Registro de la Propiedad.

D) En el cuarto gran apartado de la Introducción de la obra comentada, se expone con minuciosidad, y en forma esquemática en otros casos, toda la fase *previa* de elaboración legislativa hipotecaria. Aludiremos, por tanto, a esta fase, recogiendo de cada disposición o texto pro-

(8) V. JUSTIFICACION Y PROLOGO, cit., pág. XIV.

(9) V. el punto IV de la INSTRUCCION, relativo a la toma de razón, en página 9 de la xerocopia y 51 de la obra comentada.

yectado aquellos puntos que nos ofrezcan mayor interés o nos resulten relevantes.

1. Se recoge primeramente *el Proyecto de Código civil de 1836*, pero no en su integridad, sino tan sólo aquellos artículos del mismo relacionados con el tema inmobiliario o hipotecario. Así, por ejemplo, en orden al divorcio, al segundo matrimonio y bienes a conservar a los hijos del primero, a la tutela y curaduría, a la prescripción, a las servidumbres, a las obligaciones, a la compraventa, a los censos, etc. Especial relevancia merece el Título XVI del proyectado Libro III (De las obligaciones y contratos y de la prueba judicial) que se denomina «de los contratos que sirven para corroborar o dar más fuerza a la obligación de otros» y bajo el subtítulo «de las prendas e hipotecas»: se recogen en la obra los artículos 1.695 (definición de la hipoteca), 1.696 (constitución de la hipoteca), y los 1.721 a 1.792 en su totalidad (sobre el régimen jurídico de las hipotecas). También se recogen algunas normas sobre la extinción de las obligaciones (subrogación y novación), sobre la reclamación judicial y medios de coacción que concede la ley para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones, y normas aisladas en tema de sucesiones hereditarias.

El Proyecto de 1836 fue redactado por tres juristas (don José Ayuso, don Eugenio de Tapia y don Tomás María Vizmanos) en menos de dos años. Presentado al Gobierno el 15 de septiembre de 1836, se sometió a la deliberación de las Cortes el 16 de noviembre de 1836, pero no llegó a discutirse. Fue devuelto al Ministerio de Gracia y Justicia.

De entre las normas de este Proyecto que merecen resaltarse, entre otras, y en lo relativo al tema de las hipotecas, cabe señalar: la perfección técnica de las nociones de prenda e hipoteca (art. 1.695), el carácter real de este derecho bien matizado (arts. 1.724 y 1.725), la prohibición de nueva hipoteca, una vez hipotecada una finca (art. 1.729), la obligación de cuidar de la cosa hipotecada con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.731), la previsión de deterioros de la finca hipotecada (art. 1.732), la posibilidad de hipoteca sobre cosa ajena (art. 1.734), la hipoteca de cosas futuras (art. 1.741), la sanción de nulidad para las hipotecas en las que no se fije determinadamente la cantidad o importe del crédito (art. 1.747), la hipoteca sobre la cosa vendida cuando no se ha cobrado el precio (art. 1.795), la hipoteca judicial (art. 1762 y sigs.), la creación en cada capital de provincia y de partido un Registro u Oficio público de hipotecas y la toma de razón en el mismo de todos los actos por los que se constituya sobre bienes inmuebles el gravamen de hipoteca (art. 1778 y sigs.), la fijación de las causas de extinción de la hipoteca (art. 1790), etc.

2. Vienen recogidas en segundo lugar *las Bases 50, 51 y 52 del Pro-*

yecto de Código civil, aprobadas por la Comisión General de Códigos en 1843. La importancia de estas Bases consiste en que de ellas deriva lógica y naturalmente toda la legislación moderna hipotecaria, que en el fondo no es sino el desarrollo progresivo de los principios fundamentales contenidos en aquéllas. Ante la Comisión planteó don Claudio Antón de Luzuriaga uno de los más trascendentales problemas de la legislación civil en orden al régimen de la propiedad territorial: «el de la aseguración o consolidación del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles por medio de la publicidad de todos los actos relativos a los mismos». Con esta Base, Luzuriaga se proponía introducir en nuestra legislación un principio radicalmente innovador, que contradecía todo nuestro derecho tradicional y que pocas legislaciones extranjeras habían adoptado hasta entonces.

Tales Bases fueron aprobadas por la Comisión General de Códigos el 5 de diciembre de 1843, y presentados al Gobierno el 7 de marzo de 1844. Al dedicarse los vocales de dicha Comisión a la redacción y discusión del articulado de los distintos Proyectos de Códigos, acabaron estos trabajos. Finalmente, la citada Comisión fue disuelta el 31 de julio de 1846, pesando toda la documentación de ella al Ministerio de Gracia y Justicia.

3. El tercero de los trabajos legislativos sobre la reforma hipotecaria que se recogen en la obra es el «Anteproyecto de los Títulos de las Hipotecas y del Registro», redactado por Luzuriaga en 1848, una vez re-inaugurada y reorganizada la Comisión de Códigos, y aprobado por ésta en los primeros días de mayo de 1848. Este «Anteproyecto» pasó casi íntegramente al «Proyecto de Código civil», del que vino a formar parte bajo los Títulos XIX y XX del Libro III. En el primero de ellos, se comprenden solamente las reglas propias y especiales del derecho de hipoteca, y en el segundo, el conjunto de normas tendentes a organizar la publicidad de todos los actos relativos a bienes inmuebles por medio de su inscripción en el Registro Público. En total, el Anteproyecto constaba de 134 artículos, y aparece dividido en los dos Títulos dichos: el primero consta de 7 Capítulos referentes a Disposiciones generales, Hipoteca legal, Hipoteca judicial, Hipoteca voluntaria, Inscripción de la hipoteca, Efectos de la hipoteca, y Extinción de la hipoteca; el segundo Título está dividido en 9 Capítulos, relativos a Disposiciones generales, Títulos sujetos a inscripción, Personas que deben o pueden requerir la inscripción, Modo de hacer la inscripción, Efectos de la inscripción, Extinción de la inscripción, Anotación preventiva, Subinscripciones, y Teneduría del registro.

De dicho articulado merecen especial mención aquí: la mención taxativa de las hipotecas legales (art. 6), la configuración de la hipoteca legal de los arquitectos, maestros, oficiales y empresarios de obras (art. 10),

la referencia al crédito por el valor de obras menores de mera conservación (art. 12), la hipoteca judicial (art. 22), la prohibición de hipotecar los bienes futuros (art. 29), la posibilidad de enajenación de los bienes hipotecados por parte del deudor (art. 41), la distinción entre renuncia a la hipoteca y renuncia al crédito hipotecario (art. 54), la formulación embrionaria del después llamado principio de tracto sucesivo (art. 57), la formulación inicial del llamado principio de legalidad en orden a la calificación del Registrador—aunque en forma negativa de prohibición de inscribir si no consta...—(art. 60), la mención detallada de los títulos sujetos a inscripción (arts. 71 y 72), la fijación de las circunstancias de la inscripción (art. 81), la formulación en sentido negativo del principio de fe pública registral—entonces llamado principio de publicidad—(art. 94), fijación del principio de prioridad para la preferencia entre poseedores de derechos reales sobre los mismos bienes (art. 97), formulación de los supuestos de anotación preventiva en forma casi moderna (arts. 106 y 107), la determinación del concepto de «subinscripciones»—especies de *notas marginales* para registrar cualquier modificación de una inscripción sin llegar a extinguirla—(arts. 118 y sigs.), formulación embrionaria del luego llamado principio de prioridad (art. 127), etc.

4. El cuarto de los trabajos legislativos recogidos en esta parte de la obra comentada es *el Proyecto de Código civil de 1851*, que fue publicado por Real Orden de 12 de junio para ser discutido previamente por las personas competentes antes de someterlo a la deliberación de las Cortes. La mayor parte del trabajo referente a la reforma hipotecaria, aparte de alusiones dispersas en el articulado del mismo, se encuentra en los Títulos XIX y XX del Libro III («De las hipotecas» y «del Registro Público»), que vienen a ser casi un trasunto del «Anteproyecto» de Luzuriaga antes transcrito si bien adicionado con varias importantes disposiciones transitorias.

5. Sigue, en quinto lugar, esta recopilación de los diversos antecedentes legislativos reseñando *el Real Decreto de 8 de agosto de 1855*, por el que se mandó redactar una Ley de Hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial, archifamoso entre los hipotecaristas y civilistas por su conocida Exposición de Motivos.

E) *La segunda parte de la obra comienza con la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861* y comprende sus diversos antecedentes, la exposición de motivos de la ley, el texto legal y su reglamento. Pasaremos a reseñar aquellos aspectos más relevantes de la recopilación efectuada.

1. El apartado de *Antecedentes de la Ley* ha sido redactado con minuciosidad, cariño y pulcritud notables por el Profesor Adjunto de Derecho Civil don Vicente Montes Penades, trabajando con el material de los Diarios de las Sesiones del Congreso de Diputados y del Senado.

Un Real Decreto de 1 de octubre de 1856 nombraba la «Comisión General de Codificación», compuesta por los siguientes señores: don Manuel Cortina (Presidente), don Pedro Gómez de la Serna, don Juan González Acevedo, don Pascual Bayarri, don Manuel Gallardo, don Francisco de Cárdenas y don Cirilo Alvarez. Dicha Comisión redactó y discutió una Bases Generales de la Ley Hipotecaria, con una exposición razonada de sus principales fundamentos. Este «*proyecto de Ley de Bases*» fue presentado al Congreso en 1857, pero no llegó a discutirse y fue retirado. De nuevo reproducido, y de nuevo presentado al Congreso en 1858 como «Proyecto de Ley autorizando al Gobierno para la reforma de la Legislación Hipotecaria vigente, con sujeción a las Bases contenidas en el mismo». El Proyecto constaba de dos artículos, y en el artículo 1.º se contenían las 6 Bases: obligatoriedad de inscripción en los registros públicos de todos los derechos que se adquirieran, transmitan, modifiquen o extingan sobre bienes inmuebles o derechos reales, especialidad de la hipoteca, preservación de los derechos entonces protegidos por hipotecas legales, procedimiento para la liberación o expresa constitución de las hipotecas tácitas y responsabilidades ocultas, dependencia de los registros del Ministerio de Gracia y Justicia, inscripción de los derechos entonces no registrados así como conservación de los registros.

Formada la «Comisión del Congreso» encargada de dictaminar dicha Ley de Bases, la citada Comisión emitió su Dictamen el día 18 de febrero de 1858, en sentido favorable y añadiendo una 7.ª Base que no figuraba en el Proyecto remitido al Congreso y que procede de un desdoblamiento de la antigua base 6.ª

Las discusiones en el Congreso comenzaron el 20 de febrero de 1858, y, entre las incidencias habidas, cabe resaltar las siguientes: la alusión al sistema de autorizaciones, lamentando y deplorando la frecuencia con que se venía utilizando; se atacaba la vaguedad e inconcreción de las Bases propuestas; que la Comisión no había aclarado una cuestión importantísima, «la de que puede ser obligatoria la inscripción en el sentido de que con ella todo derecho real sea ineficaz contra terceros poseedores y que sin ella no pueda ejercerse la acción hipotecaria ni reclamación de juicio sin hacer esa inscripción; y puede también ser obligatoria en el sentido de que sin ella no haya siquiera hipoteca, ni haya podido constituirse o empezado a existir el derecho» (10); se defendió la retroactividad de la ley, deducida de la Base 6.ª, y se solicitó que se regulase la hipoteca «judicial».

Se presentaron tres enmiendas: una, a la Base 7.ª; otra, proponiendo la adición de una Base 8.ª regulando la hipoteca judicial, que fue des-

(10) Intervención del Sr. PERMANYER: defendía éste la segunda solución.

estimada; y otra, a la Base 5.^a, aceptada en su espíritu por la Comisión. Con dichas enmiendas, fue aprobado el artículo 1.º de la Ley de Bases, y sin discusión el 2.º, el Proyecto de Ley aprobado por el Congreso, fue remitido al Senado el 1 de marzo de 1858, donde, por un cambio de legislatura, quedó sin curso.

El nuevo Ministro de Gracia y Justicia, don Santiago Fernández Negrete, abandonando el sistema de Ley de Bases, presentaba al Senado el 3 de julio de 1860 un «*Proyecto*» de *Ley Hipotecaria* al que acompañaba una extensa Exposición de Motivos y al que precedía una «presentación» del señor Ministro. Del discurso de «presentación» cabe anotar aquí que se hacía especial hincapié en que «el Gobierno ha creído preferible, al sistema de Bases seguido hasta ahora, presentar la Ley íntegra a la deliberación de las Cortes, para que, examinando el conjunto de sus disposiciones, y conociendo mejor sus tendencias, pudieran con tranquilo ánimo prestarle su voto. Y la Comisión de Códigos, respondiendo con laudable celo a los deseos del Gobierno, presentó acabada su obra, acompañándola de una exposición de motivos que le sirven de fundamento y que a la vez explican la extensión, espíritu y enlace de todas sus disposiciones». El propio Ministro proponía en 25 de octubre de 1860 al Senado la deliberación de un *proyecto de ley autorizando al Gobierno la publicación como Ley del proyecto presentado en 3 de julio de 1860*: justificaba la solicitud con ejemplos de otras autorizaciones, cuales las relativas al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, entonces vigentes. La «Comisión» encargada de dictaminar el proyecto emitió su dictamen favorable en 15 de noviembre de 1860.

La discusión en el Senado del referido proyecto de ley es muy interesante, comenzando el 22 de noviembre y concluyendo el 29 de noviembre del mismo 1860. Las intervenciones más notables fueron: 1.^a, la de LUZURIAGA, que aun pronunciándose a favor de la autorización solicitada, hizo algunas críticas al método seguido, apuntó la necesidad de que la Ley Hipotecaria estuviera en conexión con un Código civil y opuso reparos a la necesidad de haber pagado los derechos antes de practicar la inscripción («...Contra esto me declaro altamente; eso es destruir por completo el sistema... ¿Y qué hace este artículo introduciendo aquí el espíritu fiscal, que todo lo corrompe cuando se mezcla en esta clase de leyes? Retraer al propietario... Esto es muy antiguo: el Registro de la Propiedad y Oficios Públicos se ha querido convertir en una especie de oficina de contribuciones. Esto es desnaturalizarlo completamente. Se me dirá que el Estado necesita esa contribución: que estudie e invente otra; pero que no cause una perturbación tan grande») (11). A las observaciones del ilustre senador contestó el Ministro de Gracia y Justicia, re-

(11) Hoy, a más de un siglo de tales palabras, sus ecos nos resultan actuales.

cordando el proceso de formación de la Ley Hipotecaria—que brevemente antes hemos transcrito aquí—. A una crítica acerca del sistema seguido en tema de hipotecas legales, contestóle don Pedro Gómez de la Serna que había que excepcionar a las mujeres casadas «por un sentimiento de conveniencia y de moralidad» y por tratarse de intereses profundamente sociales. 2.^a La del señor ARRAZOLA, que atacaba la existencia del impuesto previo como grave traba impuesta a la Registración, proponía la separación de los Registradores y de los Contadores de hipotecas, que se hiciera constar la hora de presentación en el mismo título, y hacía críticas a los artículos 17, 36, 114, 128, 228, 313, 314 y 347 (12) de la Ley, y finalmente propuso la adición de un artículo 3.^o al Proyecto de Ley en el que se autorizaba al Gobierno para hacer las modificaciones o adiciones indispensables durante los tres primeros años de su vigencia (no llegó a ser enmienda, ni se discutió). A sus observaciones contestó en nombre de la Comisión don Cirilo Alvarez, quien resaltaba las dificultades de la codificación en España rechazando el calificativo dado a la Ley de ser «reglamentaria» y de ser «medio Código civil», analizaba las relaciones entre el impuesto y la registración y respondía a las críticas a los dichos artículos. Tras considerarse suficientemente debatido el dictamen en su totalidad, se pasó a la discusión por artículos del Proyecto de Ley: se aprobaron los dos artículos de que constaba (publicación, comienzo de vigencia).

Si interesante era la lectura de las intervenciones en el Senado, mucho más lo es el comprobar la gran altura científica, preparación, competencia y elegancia de *los debates en el Congreso del dicho Proyecto de Ley autorizando al Gobierno para publicar el texto de Ley Hipotecaria*. El Proyecto fue dictaminado por la Comisión correspondiente en 27 de diciembre de 1860 y fue presentado a discusión precedido de una «justificación» de la Comisión. Don Félix García López, Secretario de la Comisión, presentó un voto particular, proponiendo la adición del artículo 417 sobre el fuero competente, que no fue tomado en consideración. También se presentó la adición al dictamen de dos artículos, 3 y 4, al Proyecto de Ley (en orden a los actuales Contadores Registradores de hipotecas). Los debates *sobre la totalidad* del Proyecto de Ley comenzaron el 4 de enero de 1861 y se prosiguieron durante la primera quincena del mes. En la recopilación comentada se destacan las intervenciones de los señores ORTIZ DE ZARATE y PERMANYER, que lamentablemente no podemos reproducir aquí, pero cuya importancia e interés son más que sobrados para entender rectamente cómo se llegaba a nuestra primera Ley Hi-

(12) Curioso resulta el comprobar que ARRAZOLA proponía los dieciocho años para la mayoría de edad; hoy, cien años más tarde, en las mismas Cortes, a algunos Procuradores no les pareció bien fijar tal edad para la mayoría.

potecaria moderna; aludía el señor Ortiz de Zárate a los principios de especialidad y publicidad, a la divisibilidad de la hipoteca, a la tasa del dinero, a la modificación del sistema de las hipotecas tácitas legales, a la preferencia del tercero sobre el propietario, a la fe pública de los Registradores, a las incompatibilidades, a la toma de razón de todo documento traslativo o modificativo del dominio sobre inmuebles, a los bienes registrables, a las informaciones posesorias y al fuero de Vizcaya sobre comunidad de bienes. La contestación del señor Permanyer y sus consideraciones son en extremo interesantes para un buen entendimiento del Proyecto de Ley, de las que tan sólo cabe recoger aspectos o matices en este lugar; así, en lo tocante a la indivisibilidad de la hipoteca (art. 121 y sigs. de la ley), al distinguir entre la indivisibilidad propiamente dicha y la solidaridad de las obligaciones; en cuanto a las hipotecas legales, no hay un sistema mixto ahora, sino que la reforma es radical, al desaparecer las hipotecas tácitas y los gravámenes ocultos, tratándose de un sistema prudentemente reformador del tradicional; en orden a la preferencia del tercero, distinguía entre la inscripción aisladamente considerada como condición necesaria para adquirir el dominio y el título de adquisición; respecto a las acciones vinculares, consideradas imprescriptibles, se reconocía el vacío legislativo en la ley, pero solo momentáneamente ya que a partir de la ley no podrá el titular acudir a los tribunales sin antes pasar por el Registro; etc., etc.

Tras estos debates, se dio por debatido el asunto en lo referido *a la totalidad*, y se pasó a la discusión *por artículos*. Abierto el debate por artículos, se suceden las intervenciones y cabe repetir aquí lo dicho en el párrafo precedente sobre la imposibilidad de recoger en este lugar el contenido de tan brillantes consideraciones. Haremos un resumen de ellas y de los que intervinieron: 1.^a El señor ALVAREZ BUGALLAL impugnó la registración de los arredamientos y el beneficio que el artículo 149 concede al acreedor hipotecario al redimirse un censo gravado con hipoteca (el censalista, decía, no tiene más derecho que el cobrar una pensión sobre determinada finca).

2.^a El señor AURIOLES, por la Comisión, contestó al señor Alvarez Bugallal, precisando el supuesto especial de la colisión entre censalista y acreedor hipotecario y recordando que las leyes se hacen para casos generales.

3.^a El Ministro señor Fernández Negrete expuso un resumen de los sistemas hipotecarios, su desarrollo en los países latinos y el sistema adoptado por la Comisión y plasmado en el Proyecto, que apunta como *centro* al artículo 23 de la Ley, con desarrollo inmediato en los artículos 24 y 25 y cuya única excepción está en el artículo 354 (hipotecas legales actuales).

4.^a El señor FAGES llamaba la atención sobre el artículo 151 en

tema de censos, destructor del sistema existente en Cataluña (permitiendo la reducción de las pensiones cuando sin culpa del censatario merman los rendimientos de la finca, mientras que en Cataluña el censatario puede devolver la finca al censalista siempre que quiera con tal que pague las pensiones vencidas).

5.^a Por la Comisión, el señor AURIOLLES contestó al señor Fagés aludiendo a una reiterada y constante jurisprudencia en Castilla sobre el tema de los censos y reducción de los frutos de la finca acensuada, a que en la Exposición de Motivos de la Ley se explicaba el fundamento del artículo 151, y a que éste era acorde con el *Motu Proprio* de Pío V.

6.^a El señor MARICHALAR señaló que, a su juicio, existía una grave laguna al no protegerse el llamado «derecho hereditario» sino tan sólo una parte de él, los legados, y a que el remedio para evitar la destrucción de tal derecho hereditario cuando haya terceros adquirente es la implantación de un Registro de testamentos.

7.^a Por la Comisión, el señor PERMANYER contestaba al señor Marichalar reconociendo dicho mal, pero el mal está en la naturaleza de las cosas y no proviene del Proyecto de Ley debatido, pudiendo remediarse y encontrando su solución en los principios generales del derecho hoy vigentes; entendía también que valía la pena estudiar el problema propuesto por Marichalar y su propuesta de creación de un Registro de testamentos.

Finalmente, se votó y aprobó el artículo 1.º del Proyecto de Ley.

En sesión siguiente se aprobó el artículo 2.º del Proyecto, y se leyó por segunda vez la enmienda-adición del señor PAZ y otros (anteriormente referida) proponiendo adicionar los artículos 3 y 4 al Proyecto de Ley sobre los Contadores-Registradores de hipotecas. La enmienda fue retirada, sin llegar a votarse sobre ella.

Tras pasar por la Comisión de «corrección de estilo», el Proyecto de Ley de autorización fue aprobado en sesión del 16 de enero de 1861 y, presentado a la sanción de la Reina Isabel II, ésta lo sancionó en 22 de enero de 1861.

2. Tras el apartado de antecedentes de la Ley, expuesto en el epígrafe 1 de este punto, se recoge en su integridad la *Exposición de 6 de junio de 1860, de los Motivos y Fundamentos del Proyecto de Ley Hipotecaria*, que por su brillantez, profundidad y perfección gozó de notoria fama hasta nuestros días y que bien merecería un estudio especial y aparte a ella dedicado. Es de destacar la modestia de sus redactores, al decir que... «no por eso tiene (la Comisión) la presunción de haber acertado. En materias tan difíciles, tan complicadas, en que vienen a jugar todas las instituciones sociales, nadie, por grandes que sean sus esfuerzos, puede confiar en su trabajo: bastante gloria es la de emprenderlo y

llevar una piedra a la grande obra de la regeneración del Derecho». Se distinguía entre motivos capitales del Proyecto y los especiales, haciéndose un cuidadoso análisis del estado de nuestra legislación tradicional en la materia, del sistema romano de hipotecas, de los principios de especialidad y publicidad, de los puntos innovadores de la ley y de los grandes temas de la misma, etc. La Comisión, nos dice, «se lisonjea de no haber omitido nada de cuanto ha encontrado en nuestro derecho propio o en el derecho extranjero, que sea aplicable a estos tiempos y a España, y pueda contribuir a la perfección de los Registros».

3. Viene a continuación *el texto legal de la Ley Hipotecaria de 1861*, fechado en 30 de julio de 1860, y que por Real Decreto de 8 de febrero de 1861, sobre sanción y publicación de la Ley Hipotecaria, fue mandado publicar por la Reina.

4. Finaliza este apartado de la obra con la inserción íntegra del *Reglamento General para la ejecución de la Ley Hipotecaria*, redactado por el Ministerio de Gracia y Justicia y publicado por Real Decreto de 21 de junio de 1861.

F) *La tercera parte de la obra* está dedicada a la *Ley Hipotecaria de 1869* y comprende varios apartados, dedicados a los trabajos previos de la Ley—Anteproyecto de Bases y discusión parlamentaria—, al texto legal y a su Reglamento. Vienen también las alteraciones que en la Ley de 1869 introdujeron otras leyes posteriores y la relación entre Ley Hipotecaria y Código civil: pero a estos puntos les dedicaré mención especial en otros apartados.

1. En primer lugar se recoge el texto íntegro del *Anteproyecto de Bases para la redacción de una Ley Hipotecaria*, redactado por don JOAQUIN MARIA LOPEZ IBAÑEZ y que lleva fecha de 23 de julio de 1868. Consta de XX Bases, y fue aprobado, en principio, por la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia, salvo la Base 12.^a sobre los expedientes de liberación (entendía el Ministerio debiera limitarse a los títulos no inscritos y a las inscripciones defectuosas). Dicho Proyecto estaba informado en criterios radicalmente contrarios a los del *Proyecto elaborado por la Comisión de Códigos*. Se intentó una transacción entre sus autores para que redactasen una nueva edición de la Ley Hipotecaria. La Comisión de Códigos *delegó sus facultades* en el Presidente de la misma y en don Francisco de Cárdenas, los cuales, en unión del señor López Ibañez (Jefe de la Sección del Registro de la Propiedad), llevaron a término el encargo recibido del Ministro y redactaron en breve espacio de tiempo *un nuevo Proyecto* de Ley Hipotecaria. Dicho Proyecto fue sometido al examen de la Comisión de Códigos y obtuvo su más completa aprobación.

2. A continuación se recoge *la discusión parlamentaria* del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria de 1861:

1) El señor ORTIZ DE ZARATE, en 9 de marzo de 1869, presentó a las Cortes *una proposición de Ley sobre Reforma de la Hipotecaria de 1861*, que comprendía 7 artículos, en que se trataba de paliar la aplicación de dicha Ley a los contratos anteriores a la misma y los problemas de la falta de titulación de la propiedad inmueble. Dicha proposición fue retirada por su autor, al ser leído por el Ministro de Gracia y Justicia señor ROMERO ORTIZ el *Proyecto de Ley de Reforma Hipotecaria*.

2) El *nuevo Proyecto de Ley de Reforma* venía precedido de una exposición de motivos y fue presentado el 13 de marzo de 1869 por dicho Ministro. En la exposición de motivos se hacían constar las dificultades de ejecución de la Ley de 1861 para ser aplicada a los derechos nacidos *antes* de su publicación; el sistema de acomodación de tales derechos a la Ley nueva exigía conceder un tiempo prudencial para que todos los derechos anteriores adquiriesen las condiciones de publicidad y especialidad que habían de darles eficacia legal respecto de los terceros; se creyó suficiente el término de un año, pronto prorrogado por los Reales Decretos de 29 de diciembre de 1863 y 19 de diciembre de 1865—en éste, por tiempo indeterminado—, con lo que subsistía el período de transición o «provisionalidad»; se hacía referencia a los proyectos de reforma previos y a que lo más interesante del Proyecto era poner término al período de transición; se hacía referencia a las inscripciones «de posesión» y a la necesidad de extender la liberación de los gravámenes ocultos; se aclaraba el sentido de los artículos 33 y 34 de la Ley, añadiéndose a este último un párrafo; y se indicaba en qué consistían las reformas tendentes a hacer menos costosa y más fácil la inscripción de los títulos. El *Proyecto de Ley* constaba de un artículo único, autorizando al poder ejecutivo para llevar a efecto la ley presentada por el Ministro de Gracia y Justicia reformando y adicionando la Ley Hipotecaria.

Nombrada la Comisión encargada de dictaminar el Proyecto, fue presentada *una proposición de Ley* por el señor MARTINEZ RICART en 1 de octubre de 1869 por la que se autorizaba al Gobierno para llevar a efecto el Proyecto presentado reformando la Ley de 1861 si bien adicionaba un artículo 2.º relativo a la publicación del *Proyecto del libro primero del Código civil* presentado en 19 de mayo de 1869 por el Gobierno a las Cortes.

3) La Comisión nombrada evacuó el *dictamen* sobre dicho Proyecto de Reforma de la Ley de 1861, con fecha 4 de noviembre de 1869, proponiendo la aprobación del Proyecto de Ley y justificándolo con argumentos diversos. Decía, entre otras cosas, que «no cree la Comisión, y locura fuera el creerlo, que la Ley Hipotecaria quede perfecta con la re-

forma que se propone, como no cree que jamás llegue a estarlo: la imperfectibilidad es una cualidad inherente a la humanidad, que sin ella dejaría de obedecer a la ley del progreso y perecería en la estancada inmovilidad de su perfección...» (13).

4) Fueron varias las *enmiendas* presentadas: una, a los artículos 303 y 308 de la Ley Hipotecaria, sobre vacantes de Registradores y traslados de los mismos; otra, sobre los artículos 389 y sigs.; y otra, al artículo 131-párrafo 2.º

5) *La discusión en las Cortes* se verificó durante las sesiones de los días 12, 16 y 17 de noviembre de 1869, con las siguientes intervenciones: 1.ª La del señor BUENO, en defensa de su enmienda sobre los artículos 303 y 308 de la Ley, ya que el sistema de oposición para los Registradores después de 1861 hace a los nuevos de peor condición que los antiguos y del sistema de oposición no puede separarse la idea de inamovilidad. Le contestó por la Comisión, el señor MORALES DIAZ, y entre sus interesantes consideraciones cabe señalar éstas: «...Como que los requisitos que se exigían al ingresar en ese cuerpo (el de Registradores) eran servicios prestados en la magistratura o judicatura sobre todo; como los que servían en una y otra carrera no era de pensar, y así sucedió, que abandonasen la carrera activa por otra pasiva que ocasionaba gastos y trabajos al par que ofrecía desconocidas dificultades, *de aquí provino* (14) que fueran a servir esas plazas el personal dignísimo de Magistrados y Jueces que estaban cesantes por haber profesado ideas liberales. Tal fue la organización primitiva del cuerpo de Registradores de la Propiedad. ¿Qué ha sucedido después? Lo mismo...». Tras los discursos en pro y en contra de ambos señores, la enmienda no fue tomada en consideración, por votación mayoritaria en contra.

2.ª La del señor HERRERO, sobre los artículos 131-2.º de la Ley, fue leída, pero nadie la defendió, por lo que, tras segunda lectura, no se aceptó.

3.º La del señor SAAVEDRA, sobre los artículos 389 y sigs. del Proyecto de Reforma (proponía un año de plazo, en lugar de los sesenta días del Proyecto), se basaba en tener el plazo proyectado como ineficaz y no justo, basándose muy principalmente en las frases del Preámbulo de la Ley sobre la prórroga de los Decretos de 1863 y 1865, y considerando la situación en Galicia y Asturias donde la propiedad estaba muy dividida y donde lógicamente habría que acudir al remedio de las informaciones posesorias. Por la Comisión le contestó don MANUEL VICENTE GARCIA, en el sentido de que la Reforma tenía dos objetivos concretos, el

(13) Contrastan estas sabias palabras con la vanidosa mediocridad de muchos de nuestros legisladores contemporáneos, cuya obra creen *inmutable* y *perenne*.

(14) Aquí el subrayado es nuestro.

establecer lo más pronto posible el crédito territorial, y el facilitar la inscripción de la propiedad con la mayor economía posible practicando en breve término la inscripción; no obstante, sugería que el término se variase y se dijese «ciento ochenta días» en lugar de los sesenta días del texto del Proyecto. Al variarse el texto en el sentido dicho, los firmantes de la enmienda la retiraron.

4.^a La del señor CURIEL Y CASTRO, en un discurso *en contra de la totalidad* del Proyecto, criticando la redacción de los artículos 23, 31, 66 y 114 del texto de la Ley reformada. Le contestaba por la Comisión el señor MORALES DIAZ, aclarando las dudas del señor Curiel y Castro, cual la de que los Notarios son «interesados» a los efectos de entablar el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador. Como ningún otro Diputado pidió la palabra para votar *en contra del artículo único* del Proyecto de Ley de Autorización, éste se puso a votación y fue aprobado, en la sesión del día 3 de diciembre de 1869.

3. Seguidamente se recoge la *Ley de 21 de diciembre de 1869 autorizando al Gobierno para llevar a efecto la que ha presentado el Ministro de Gracia y Justicia sobre reforma de la Ley Hipotecaria*. Es de notar la particularidad de que la inserción del texto legal aparece *únicamente* con los artículos cuya redacción ha sido retocada o por añadirseles algún párrafo, etc. Las reformas vienen siempre en letra cursiva, siendo por tanto muy fácil el seguir la pista de la innovación introducida. Considero innecesario, en atención a mis lectores, el enumerar todos los artículos que fueron reformados.

4. Viene a continuación el *Reglamento General para la ejecución de la Ley Hipotecaria de 29 de octubre de 1870*, con la misma particularidad indicada para la Ley en el apartado precedente en orden a la letra cursiva de las reformas y tan sólo respecto de los artículos reformados, y va seguido de 32 modelos oficiales de inscripciones. Al texto reglamentario preceden el Decreto de 21 de diciembre de 1869, que dispone que la Dirección General del Registro de la Propiedad y del Notariado proceda a formar el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, y a llevar a efecto la reforma, y dos Decretos de 29 de octubre de 1870, uno aprobando el Reglamento y otro disponiendo que la Ley y el Reglamento empiecen a regir el 1.º de enero de 1871.

G) Aunque insertado el apartado en la obra *dentro* de la exposición de la Ley de 1869, dedicamos aparte este espacio a *las alteraciones introducidas en la Ley Hipotecaria de 1869 por otras leyes posteriores*. La relación y exposición nuestra será aquí esquemática y por el mismo orden cronológico en que aparecen en la obra:

1. *Ley «provisional» de Matrimonio Civil de 18 de julio de 1870*: introdujo alteraciones sobre las obligaciones de los padres respecto de

los bienes de sus hijos que administrar o usufructúan y, en particular, sobre las obligaciones de la madre en tales casos—artículos 64, 65, 66, 67, 68 y 69 de dicha Ley, y artículos 168, 202-2.º, 203 a 209, 211, 212 y 213 de la Ley Hipotecaria de 1869—. Tales preceptos de la Ley de Matrimonio Civil pasaron más tarde a formar parte del CODIGO CIVIL, con algunas variantes.

2. *Ley de 2 de diciembre de 1872, disponiendo la forma en que deberán satisfacer los intereses de las diferentes clases de Deuda del Estado*, sancionada por el Rey don Amadeo de Saboya. De la misma merece resaltarse la creación del BANCO HIPOTECARIO en el artículo 13, con un capital inicial de cincuenta millones de pesetas.

3. *Ley de 15 de agosto de 1873, dictando reglas para reproducir los Libros del Registro de la Propiedad inutilizados o destruidos en todo o en parte por incendio u otro accidente*: fue dictada por las Cortes Constituyentes en uso de su soberanía, constando de 15 artículos; se dejaba en suspenso la aplicación de los artículos 17, 20, 23 y 34 de la Ley Hipotecaria y todos los artículos referentes a los efectos de la falta de inscripción o anotación de un derecho, DESDE la fecha en que tuviere lugar la destrucción o pérdida de los Libros del Registro HASTA la terminación del plazo de un año.

4. *Ley de 21 de julio de 1876, de Reforma de la Ley Hipotecaria*. Viene precedida de la pertinente discusión parlamentaria. Se proponía la reforma de los artículos 297 y 303 de la Ley. Haremos un breve análisis de su gestación:

1) La *discusión parlamentaria* tiene su antecedente en un Real Decreto de 1 de mayo de 1876, que autoriza la presentación por el Ministro de Gracia y Justicia de un Proyecto de Ley reformando los artículos 297 y 303 de la Ley Hipotecaria. El Proyecto venía precedido de un Preámbulo justificando la reforma y del que es interesante entresacar las frases siguientes: ...«Según el sistema de la vigente Ley, las vacantes que ocurran por muerte, jubilación, renuncia o separación, son las únicas que se proveen en Registradores, porque las resultas se reservan en todo caso a la oposición, y así sucede que se proveen por este medio registros hasta de primera clase, privando del natural ascenso a los Registradores, con detrimento evidente del servicio, pues por profundos que sean los conocimientos teóricos que en las oposiciones acredite el agraciado, no es presumible que tenga la práctica indispensable para hacerse cargo por primera vez de un registro en que son muchas y complicadas las operaciones que en plazos fijos debe verificar» (15).

(15) Parece que lo que en 1876 era *evidente* y razonable, en 1976 no se estima razonable para otros Cuerpos, como el notarial. Quizá es que también en este punto seamos *diferentes* ..

2) Nombrada la Comisión del Senado, emitió *dictamen* en la sesión del día 26 de mayo de 1876, aceptando el Proyecto de Ley del Ministro de Gracia y Justicia.

3) Se inicia *la discusión en el Senado* el 29 de mayo de 1876. Por no haber nadie que pidiera la palabra *en contra del Proyecto de Ley*, se acordó proceder a la discusión *por artículos*:

- En orden al artículo 1.º (reforma del art. 297 de la Ley), intervino el señor CONCHA CASTAÑEDA, quien proponía una *adición* de otros dos párrafos, relativos a la permuta entre Registradores: La Comisión aceptó el primer párrafo de la adición, pero no el segundo; dicho señor opinó en contra de uno de los párrafos del 297 proyectado—sobre la división o creación de varios registros en una población—. Por la Comisión contestóle el señor CASADO y, además, el Ministro de Gracia y Justicia. Fue aprobado dicho artículo 1.º, con la redacción proyectada y la adición de un párrafo sobre las permutas entre Registradores.
- En orden al artículo 2.º (reforma del art. 303 de la Ley), intervino el mismo señor CONCHA CASTAÑEDA proponiendo la adición de un párrafo sobre prohibición de dos ascensos de clase en turno de mérito. Tras intervenir el Ministro del ramo, la enmienda fue aceptada por la Comisión. También proponía *una disposición transitoria*—sobre los opositores aprobados en las últimas oposiciones de aquel año—, que fue recogida por el Ministro de Gracia y Justicia y aceptada por la Comisión. Fueron aprobados el artículo 2.º y la disposición transitoria dicha.

4) El Proyecto de Ley fue leído en el Congreso el día 1.º de junio de 1876. Designada la pertinente Comisión, ésta evacuó el *dictamen* en sesión de 26 de junio de 1876, por el cual se alteraba en algunos puntos (creación de nuevos registros, abono de ocho años de carrera a los Registradores con derechos anteriores a 1865 y pérdida de derechos en casos de renuncia del cargo por justa causa) el texto remitido por el Senado. La *discusión* del dictamen tuvo lugar el 27 de junio de 1876: abierta la discusión sobre la totalidad, nadie tomó la palabra en contra; se pasó a la discusión por artículos, que fueron aprobados sin debate alguno.

5) Las modificaciones introducidas por el Congreso determinaron—por aplicación de la Ley de 19 de julio de 1837 sobre relaciones entre los Cuerpos colegisladores—la remisión del proyecto al Senado, para que *se dictaminase de nuevo por una «Comisión Mixta»* y que se discutiera nuevamente. El *dictamen* de la Comisión Mixta fue aprobado sin discusión, tanto en el Congreso como en el Senado, los días 6 y 10 de julio de 1876.

6) La Ley fue *sancionada* por el Rey don Alfonso XII el día 21 de julio de 1876.

5. *Ley de 17 de julio de 1877, por la que se aclaran algunos artículos de la Ley Hipotecaria*, cuyos antecedentes son como sigue:

1) El Senador don VALERIANO CASANUEVA presentó al Senado una *proposición de Ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria de 1869* (arts. 23, 34, 355, 389, 403 y 411). Dicha proposición, además del apoyo del firmante, fue también apoyada por el Ministro de Gracia y Justicia don Esteban Calderón Collantes, quien dijo se trataba de una proposición de grandísima utilidad y cuyo objeto era dar mayor garantía y seguridad a los créditos hipotecarios y para el establecimiento del crédito territorial. El Senado decidió tomar en consideración el Proyecto de Ley.

2) Fue nombrada la Comisión del Senado para evacuar el dictamen, lo que hizo en 22 de junio de 1877. Presentaba al Senado *un Proyecto* de Ley de 7 artículos, por el que se añadían párrafos al artículo 21 y 23, se sustitúan el 34-1.º, el 355, el 382 y el 398-4.ª, se derogaban los artículos 400 y 401 y 402-4.º, y se autorizaba al Gobierno para hacer en los artículos del Reglamento «todas las reformas que exija la presente Ley» y para adoptar las disposiciones oportunas para su cumplimiento.

La *discusión en el Senado* tuvo lugar el día 26 de junio de 1877: nadie habló en contra *de la totalidad* del Proyecto. Discutido el dictamen *por artículos*, la Comisión misma propuso una ligera modificación del artículo 1.º—sobre el artículo 21 de la Ley—, siendo el mismo aprobado; también fueron aprobados los restantes artículos del dictamen. La votación definitiva fue el 28 de junio de 1877.

3) *La discusión en el Congreso* se celebró el 4 de julio de 1877—previos los nombramientos de la Comisión y el dictamen de ésta sin modificar el Proyecto—: se aprobó el Proyecto sin debate alguno.

4) La Ley fue *sancionada* por Alfonso XII el día 17 de julio de 1877: constaba de 7 artículos, de idéntico contenido que el propuesto por la redacción dada en el Senado.

6. *Real Decreto de 20 de mayo de 1880*, dictando las reglas que se determinan *para la cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas* (arts. 82, 107 y 109 de la Ley, y 72 del Reglamento): el Real Decreto se dictaba previo expediente seguido en la Dirección General y conforme al artículo 267 de la Ley; consta de 3 artículos y lleva la firma del Ministro señor Alvarez Bugallal.

7. *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881*: esta Ley modificó la Ley Hipotecaria en tres materias: en la tramitación de las declaraciones de herederos abintestato establecida por Ley de 17 de julio de 1877 (arts. 979, 982, 983 y 984 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y

21 de la Ley Hipotecaria de 1869), en la forma de practicar la cancelación de las inscripciones de hipoteca (arts. 1.517, 1.518 y 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 82 de la Ley Hipotecaria), y en el procedimiento de hacer efectivos los créditos hipotecarios cuando la finca aparece gravada con segundas o posteriores hipotecas o, cuando se promueve a instancia de un segundo o tercer acreedor hipotecario (arts. 1.490, 1.516, 1.517, 1.518 y 1.520 a 1.530 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 124 a 134 de la Ley Hipotecaria).

8. *Ley de 29 de julio de 1892, que reforma la primera parte del párrafo 4.º del artículo 297 de la Ley, sobre jubilación de los Registradores.*

H) Finalmente, y también integrado dentro del apartado dedicado en la obra a la Ley de 1869, viene recogido un epígrafe sobre *la relación entre la Ley Hipotecaria y el Código civil*, que nosotros hemos decidido exponer en un lugar aparte por su importancia. La exposición sigue en todo la obra de BIENVENIDO OLIVER (citada en nota 2 nuestra), y se desglosa en dos apartados, el uno sobre las vicisitudes de la Ley Hipotecaria en los sistemas de codificación civil y el otro sobre las disposiciones del Código civil relativas a la materia hipotecaria.

1. Del apartado sobre las *vicisitudes de la Ley Hipotecaria* lo único a resaltar es la diferencia entre los proyectos de Código civil de 1881 (de ALONSO MARTINEZ) y de 1885 (de SILVELA): en el primero, la Ley Hipotecaria debía continuar vigente como «especial»; en el segundo, la Ley Hipotecaria NO TIENE carácter especial y no se la incluye entre las leyes que, como «especiales», debían continuar vigentes. El Proyecto de 1885 era, pues, conforme con el sentido dado por los legisladores de 1861, que la consideraron como ley «civil» a integrar en el futuro Código civil (cual ocurriera en 1851), pero esta idea ESENCIAL se deduce *implícitamente* del Proyecto todo, ya que no hay ninguna Base que recoja claramente el pensamiento del Legislador.

Con un cambio de Gobierno y el retorno al Ministerio del señor Alonso Martínez, éste reprodujo *el primer Proyecto* (el de 1881), que ya preveía la vigencia de la Ley Hipotecaria como «especial»: dicho Proyecto se convirtió en la *Ley de Bases de 11 de mayo de 1888*. Curioso es destacar que en las *liberaciones ante el Congreso* del referido Proyecto de Ley de Bases, ninguno de los Diputados hizo alusión alguna a la Ley Hipotecaria. Al ser mantenida la Ley Hipotecaria en toda su integridad, los redactores del Código dedicaron dos títulos para consignar en ellos las dos partes en que consideraron dividida la Ley Hipotecaria y, además, en otros lugares fijaron varias disposiciones relacionadas con la materia hipotecaria.

2. En el apartado dedicado a *las disposiciones del Código civil relativas a la materia hipotecaria*, éstas se engloban en dos grupos: el uno, comprende el Título VIII del Libro II, titulado «Del Registro de la Propiedad» (arts. 605 a 608), y el Título XV del Libro IV, titulado «De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis» (arts. 1.857 a 1.862, y 1.874 a 1.880); y el otro, alude a los arts. 16, 163, 164, 188, 197, 238, 253, 257, 269, 272, 336, 399, 405, 462, 509, 522, 645, 647, 649, 650, 788, 867, 975, 977, 978, 1.085, 1.124, 1.212, 1.222, 1.227, 1.322, 1.332, 1.345, 1.349, 1.350 a 1.359, 1.361, 1.384, 1.387, 1.390, 1.437, 1.473, 1.502, 1.510, 1.520, 1.524, 1.526, 1.528, 1.537, 1.549, 1.571, 1.638, 1.639, 1.646, 1.713, 1.852, 1.855, 1.916, 1.923, 1.927, 1.938, 1.949, 1.964, 1.967 y 1.976. Todos dichos artículos aparecen consignados fielmente.

Con un INDICE general de la obra, finaliza este primer Volumen de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, que estamos reseñando.

III. COMENTARIOS CRITICOS

Si dificultoso resulta enfrentarse con una obra monumental y elaborada por un conjunto integrado por varias de las mejores cabezas jurídicas del país, más problemático resulta todavía el pretender elaborar algunas consideraciones críticas huyendo del consabido halago incensado y de la pedantería a que a veces fuerza una actitud crítica. Ello no obstante, quizá cabría hacer alguna consideración distinguiendo varios *aspectos o perfiles* en la obra objeto de esta recensión: el sociológico, el normativo y el valorativo.

a) *En cuanto al aspecto sociológico:*

Resulta, en principio, altamente reconfortante para buena parte de los juristas españoles el que el Cuerpo de Registradores de la Propiedad haya abordado valientemente un hecho clave: su propio origen inmediato y su razón de ser ante la sociedad. Y ello, sin miedos, con la transcripción íntegra de los discursos en el Senado y en las Cortes, cualquiera que fuere su matiz político. Vemos, por ejemplo, que buena parte de los primeros Registradores de la Propiedad provenían de los hombres del partido liberal, y es éste un talante personal que siempre han procurado mantener en alto.

Este enfrentamiento con el propio pasado del Cuerpo registral, puede permitirle en el futuro la elaboración de una sociología «de los cuerpos registrales» con las mejores perspectivas.

Contrasta notablemente lo indicado con lo que ha ocurrido con el cuerpo notarial, hermano del registral, que ni ha intentado siquiera el abordar ese origen y razón de ser buceando en los antecedentes que a la mano están en el Diario de Sesiones del Congreso. La elaboración de la Legislación Notarial se ha hecho en forma aséptica que sociológicamente parece poco apta para interrogarnos acerca de nuestro *porqué* y nuestro futuro *para qué*. Buena ocasión de meditar se nos presenta ante la obra emprendida por el cuerpo hermano registral, que aquí tratamos de comentar.

Parece que ante el futuro será imprescindible que cada cuerpo jurídico especializado tenga claras ideas de lo que supone el de dónde viene y adónde va. La incidencia del mundo actual sobre las distintas profesiones jurídicas será no sólo inevitable sino también previsible: no en forma de tanteos de tipo dogmático y tranquilizador, sino en forma de incitación-respuesta. Y ante las interrogantes, debemos tener claras las opciones o respuestas posibles.

b) *En cuanto al aspecto normativo:*

Resulta fundamental la lectura de las distintas discusiones parlamentarias—lo que he puesto de relieve, quizá con reiteración abusiva para mis lectores—para apreciar al alto grado de sensatez y sentido común de nuestros legisladores del siglo XIX y la implacable precesión de las distintas etapas (proposición de ley-dictamen-proyecto-discusión-dictamen-discusión-enmiendas-votación a la totalidad o por artículos). Y repito que es fundamental, de un lado, porque el dato de los antecedentes de la norma es básico a efectos de su posterior aplicación e interpretación (16), y de otro lado, porque comparar la etapa prelegislativa de las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 con las más próximas a nosotros o con otras leyes extrahipotecarias es algo que hace, como mínimo, sonrojarse (17).

Por lo que a la tipificación de las normas hipotecarias de 1861 y 1869 respecta, la lectura de la obra comentada nos lleva claramente al *porqué* de tal normativa y a los motivos profundos de su originación o promulgación respectivas. Parece en principio claro que la Ley de 1861 es una norma *implantada*—en la terminología de DIEZ-PICAZO (18)—, que introdujo criterios nuevos que hubo que experimentar; por su parte, la Ley de 1869, al ser una mera ley *de reforma* de la normativa existente,

(16) V. DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas*, cit., págs. 249 y ss.

(17) V. en esta REVISTA, FAIREN, «Notas sobre el valor de la jurisprudencia (en el Título Preliminar del Código civil)», núm. 509 de julio-agosto 1975, páginas 797 y ss., en especial la 801: se trata de un magnífico estudio que todo jurista debiera conocer y que, paradójicamente, es tremendamente divertido.

(18) V. *Experiencias...*, cit., págs. 146 y ss.

parece encajar más de lleno en lo que el propio DIEZ-PICAZO ha llamado normas «heredadas» ya que se retocaban experiencias jurídicas ya recibidas. En lo que a las posteriores Leyes Hipotecarias respecta, parece evidente que, producido un cierto proceso de *consuetudinización* de las normas hipotecarias, la exigencia de simplificación conduce a una mayor dosis de abstracción.

Finalmente, todo este inmenso material normativo recogido en la obra comentada va a resultar ya imprescindible, como muy bien dice FERNANDEZ CABALEIRO en la «Justificación y prólogo», para toda ulterior investigación de la ciencia hipotecaria y registral, así como para acometer cualquier tipo de revisión o nueva elaboración de sus normas reguladoras. Todo el conjunto de la normativa hipotecaria, inserto por y para un determinado tipo de sociedad, no podrá ya desvincularse de la realidad social a que va destinada y de la fundamentación o razón de validez de tal normativa: esto nos lleva al *aspecto valorativo* que seguidamente se estudia. Por último, y con palabras del entonces Director General de Registros y Notariado, señor POVEDA MURCIA, es lógico que esta obra nos lleve a una última e importante consecuencia: ¿Resulta indispensable ya tomar posiciones para nuevas reformas? ¿Serán suficientes innovaciones de simple agilización, o, por el contrario, se hará precisa una labor de mayor profundidad, dejando a salvo las paredes maestras del edificio?

Como mero inciso final, el aspecto normativo no puede quedar completo sin una referencia, aquí esquemática, a *la conexión Ley Hipotecaria-Código civil* y al tópico de la dualidad legislativa en materia hipotecaria: me remito aquí a las consideraciones de nuestros grandes tratadistas sobre este punto (19).

c) *En cuanto al aspecto valorativo:*

Parece indudable que para que una regla o norma se erija en auténtica y genuina norma jurídica es preciso que tras ella o bajo ella exista algo más, y este algo más es lo que la legitima y lo que le da valor (DIEZ-PICAZO) (20). Ha quedado bastante claro, tras la lectura de la obra comentada, que *la razón de validez* de la implantación de la normativa hipotecaria de 1861 obedeció al conjunto de creencias, estimativas y convicciones del grupo social imperante en la segunda mitad del siglo XIX

(19) V. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I, 1954, págs. 61 y ss.; SANZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, 1947, págs. 95 y ss.; LA-CRUZ, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, págs. 57 y ss.

(20) V. *op. cit.* últimamente, págs. 183 y sigs.

y que podría apuntarse a la desamortización como causa influyente en la referida implantación (21).

Del análisis histórico realizado por el profesor DIEZ-PICAZO en la parte introductiva de esta obra—al que, dada su importancia, hemos dado un especial realce—parece claro deducir que la creación de un mercado de capitales para inversiones hipotecarias es un factor bastante anterior al de la aparición de un mercado inmobiliario con transacciones sobre inmuebles, que nuestras iniciales leyes en materia—incluida la de 1861—son únicamente leyes estrictamente «hipotecarias» y que incluso hoy es mucho más débil la protección registral al adquirente del dominio que al acreedor hipotecario.

Por otra parte, conviene recordar que el aspecto valorativo, o sea, la cuestión acerca de la validez o legitimidad de la normativa hipotecaria, debe ponerse en relación con el problema de la *eficacia* de una tal normativa (22), que a su vez depende de factores extranormativos. Por su evidente trascendencia e importancia, excede con mucho de estos breves comentarios y queda tan sólo apuntado aquí.

IV. RECAPITULACION

Llegados a este punto, parece conveniente detenerse y re-examinar la obra comentada y el análisis efectuado aquí de ella y entonces podremos observar lo siguiente:

1) Que la obra responde a un amplio trabajo en que, por vez primera en nuestra patria, se acomete empresa de tanta envergadura.

2) Que todo este ingente material normativo será ya indispensable para las áreas de investigación científica y las previsibles de reforma de la normativa hipotecaria.

3) Que el análisis histórico del profesor DIEZ-PICAZO demuestra el anacronismo de una génesis «germánica» en 1860 de nuestra primera Ley Hipotecaria y la interconexión clara con los intereses socio-económicos.

4) Que la aportación básica de la obra es la de traernos las discusiones parlamentarias sobre los distintos proyectos de Leyes Hipotecarias, que nos muestran las grandes cualidades de aquellos Legisladores.

5) Que la Ley de 1861 es una norma implantada, por lo innovadora.

(21) V. DIEZ-PICAZO, *Los principios de inspiración* .. en esta obra, pág. 8, nota 14, si bien dubitativamente; pero v. más tajantemente en *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, Tecnos, 1975, págs. 67, 75 y concordantes.

(22) V. *Experiencias* .., cit., págs. 193 y ss.

6) Que está por superar hoy y ahora la cuestión de la dualidad legislativa en materia hipotecaria.

7) Que el dato aportado por la obra en orden a los *antecedentes legislativos*, aunque inusual entre nosotros, es fundamental a los efectos de una adecuada aplicación e interpretación de la normativa hipotecaria.

8) Que el aspecto sociológico lleva a felicitarnos y felicitar al Centro de Estudios Hipotecarios por haberse enfrentado valientemente con su propia razón de existencia ante la sociedad y por permitir así la elaboración de una sociología registral todavía por hacer.

9) Que la razón de validez de la implantación de la normativa hipotecaria en 1861 obedecía a las estimativas de aquel entorno social, es decir, a la necesidad de establecer el crédito territorial y a la conveniencia de crear un nuevo sistema hipotecario que suprimiera los gravámenes ocultos.

10) Que la relación de la legitimidad de las normas hipotecarias con el tema de la efectividad o eficacia de la normativa hipotecaria, nos lleva a factores extrajurídicos dignos de estudio aparte.

V. RESUMEN FINAL

Después de haber examinado el nacimiento de la obra comentada, estudiado esquemáticamente su contenido, analizados los varios factores o aspectos normativos, sociológico y valorativo, y efectuado un pequeño recordatorio de los jalones hallados en nuestro modesto empeño, sólo queda aquí poner punto final a este comentario con las *conclusiones* que siguen:

1.^a La importancia de esta obra, por lo novedoso del trabajo emprendido, la importancia para las tareas investigadoras y la utilidad para futuros proyectos de revisión o reforma de las Leyes Hipotecarias.

2.^a La anomalía de la subsistencia de la dualidad legislativa en materia hipotecaria, que ya es hora de dejar superada.

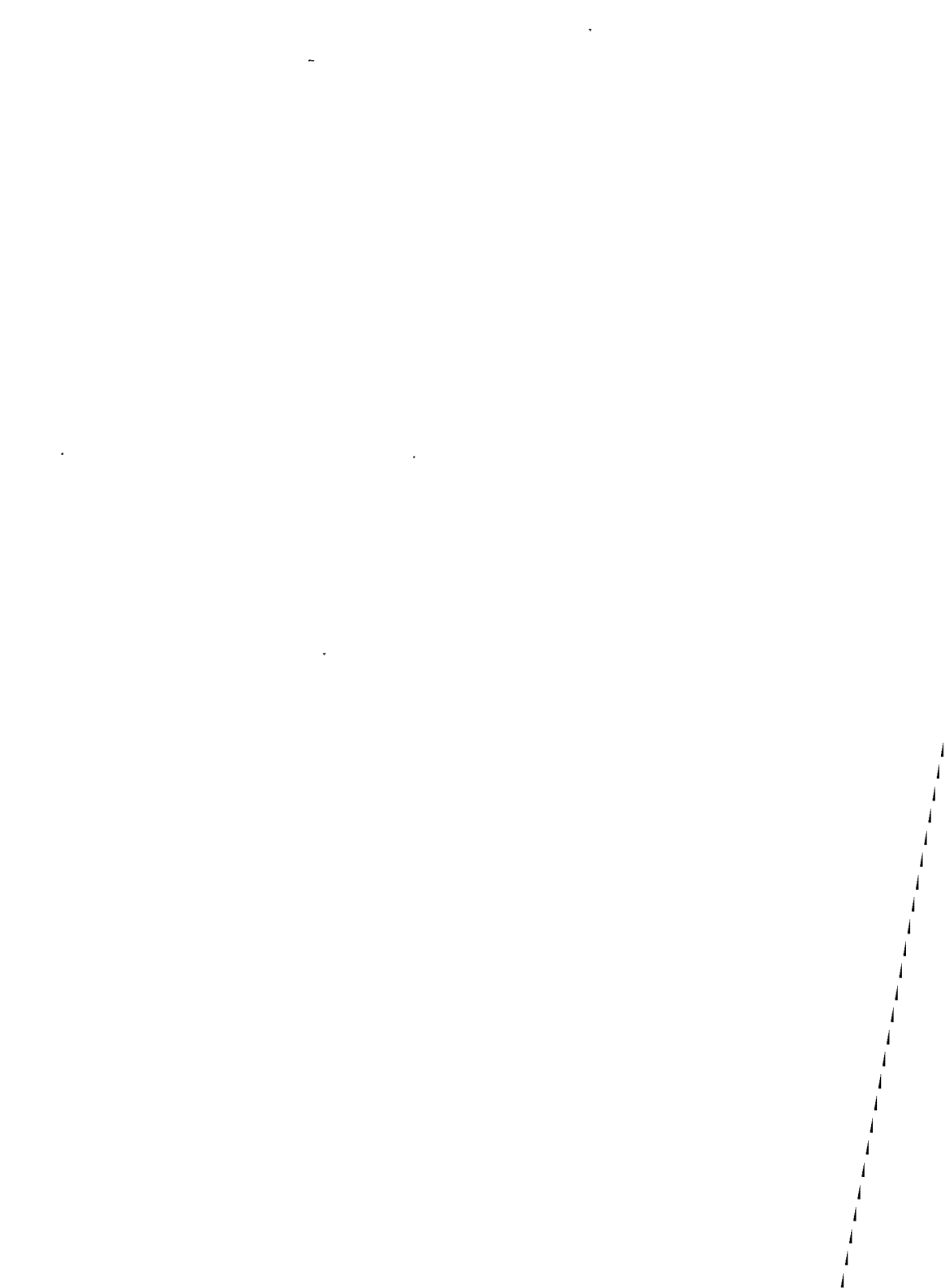
3.^a La aportación del profesor DIEZ-PICAZO, que demuestra la inconsistencia de otro de los usuales tópicos, el del origen «germánico» de la Ley de 1861.

4.^a La trascendencia del interés protegido para que pueda hablarse técnicamente de un verdadero «Registro de la Propiedad».

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario



JURISPRUDENCIA



Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR R. SÁNCHEZ DE FRUTOS,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JAVIER SÁENZ VILLAR,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

II. DERECHOS REALES

PROPIEDADES ESPECIALES

IMPUGNACION DE MARCA. PROTECCION QUE DISPENSA EL REGISTRO (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1975).

La ley no crea la propiedad industrial, sino que se limita a reconocer, regular y reglamentar el derecho que por sí mismos hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, del uso o del registro, según los casos—artículo 1, párrafo 2.º, de la ley especial—, y dicha normativa reitera la admisión de esas distintas maneras de adquirir ese derecho, cuando proclama que el registro de las diferentes modalidades de aquella propiedad especial se otorgará sin perjuicio de tercero—artículo 12 de la mencionada ley—, con lo cual viene a permitir que se pueda efectuar la impugnación del registro de cualquiera de las aludidas modalidades, siempre que ello se verifique antes del transcurso de los tres años siguientes a su registración.

NULIDAD DE MARCAS. COMPETENCIA DE JURISDICCION. PRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES. PLAZO. NATURALEZA DEL DERECHO PROTEGIDO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1975).

Después de algunas vacilaciones, esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las acciones de nulidad de marca, sin discriminación de los motivos en que

se basan tales acciones e incluso de si el actor había o no formulado oposición en el expediente administrativo, siendo ejemplo de esta orientación la sentencia de 26 de septiembre de 1963—que, a su vez, cita las de 4 de febrero de 1954, 6 de mayo de 1955, 8 de junio de 1956, 13 de diciembre de 1961 y 8 de febrero y 5 de julio de 1962—, y cuya doctrina también proclaman las sentencias de 26 de mayo y 23 de octubre de 1962, 21 y 23 de abril de 1966, 29 de noviembre de 1968, 1 de junio de 1971, 7 de mayo de 1973 y 12 de mayo de 1975.

Si bien es verdad que esta Sala, en varias resoluciones, ha proclamado la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad de marcas registradas, ello ha sido en aquellos supuestos en que la inscripción se había practicado con infracción de alguna de las prohibiciones contenidas en los números 2.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial, mas no cuando tal inscripción se verificó vulnerando la prohibición del número 1.º, porque en este supuesto la marca inscrita—aun con esa vulneración—está en el comercio de los hombres y es susceptible de apropiación, por lo que la acción de impugnación tiene que reputarse prescriptible, como así lo declaró esta Sala en su sentencia de 12 de mayo de 1975, que cita también, en este sentido, la de 26 de septiembre de 1963, que admitía esa prescriptibilidad.

Por lo que respecta a la naturaleza especial del derecho protegido por el Estatuto de la Propiedad Industrial, conviene destacar, como ya se declaró en la sentencia de 1 de junio de 1971, que «si bien el artículo 30 de la Ley de 16 de mayo de 1902 otorgaba la consideración de cosas muebles a las marcas industriales, el vigente Estatuto, en su artículo 14, prescinde de dicha calificación, en homenaje, como dice acertadamente la sentencia de 24 de diciembre de 1940, a una dirección científica que tras no pocas vacilaciones ha conferido al derecho de autor un rango especial, agrupándolo en la categoría de los derechos sobre bienes inmateriales»; por lo que, consiguientemente, en el caso de marcas debe entenderse aplicable el plazo de prescripción de los quince años, por no existir otro especial en el Estatuto, como en un caso de nulidad de patente ha entendido esta Sala en su sentencia de 16 de mayo de 1958.

Y en la segunda sentencia (puesto que hubo lugar al recurso de casación), el Tribunal Supremo concretó: Que ejercitándose en las demandas originarias una acción de nulidad de marcas inscritas en el Registro de la Propiedad Industrial, corresponde el conocimiento de la cuestión litigiosa a la jurisdicción ordinaria, como así lo tiene proclamado reiterada jurisprudencia.

Toda vez que la pretendida nulidad se fundamenta en la semejanza de las marcas del demandado con las de la Entidad demandante, prioritariamente inscritas, hay que estimar que tal acción es prescriptible y que, por haber transcurrido más de quince años desde la inscripción de las marcas impugnadas, ha prescrito la acción de nulidad que pudiera asistir a la Entidad demandante para impugnar tales marcas.

MARCAS. PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE SU DOMINIO. DOBLE INMATRICULACION (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1975).

La jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras muchas, en las sentencias de 13 de mayo de 1965, 21 de abril de 1966 y 22 de enero de 1971, viene declarando que el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial no regula la prescripción adquisitiva del dominio de las marcas y sí únicamente la extintiva de la acción impugnatoria, y en las de 6 de abril de 1945 y 19 de febrero de 1970, que el plazo de los tres años que establece el mentado precepto legal se refiere al caso en que la acción impugnatoria se ejercite por un tercero respecto al Registro, es decir, por quien no

tiene inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad Industrial, y que, en cambio, no es aplicable cuando el que ejercita su acción impugnatoria es titular de una marca también registrada, porque tratándose entonces de un supuesto de doble inmatriculación ha de prevalecer la inscripción más antigua.

PREVIA INSCRIPCION DE UNA MARCA COMO REQUISITO NECESARIO PARA ENERVAR OTRA REGISTRADA (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1975).

Si bien es cierto que el párrafo segundo del artículo primero del Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929, en su redacción de 26 de noviembre de 1947, establece que la ley no crea la propiedad industrial, por limitarse su función a reconocer, regular y reglamentar los derechos que por sí mismos hayan adquirido los interesados, entre otros medios, por el hecho de la *prioridad del uso* de las distintas modalidades a que dicho texto legal se contrae, y que el párrafo primero del artículo 199 del mismo Decreto, contradiciendo lo expuesto en el 197, expresa que la inscripción en el correspondiente Registro de los nombres comerciales es meramente potestativa e independiente de la de los comerciantes, a que aluden los artículos 16 y 17 de la Ley Mercantil sustantiva; no debe olvidarse, en cambio, que una cosa es que, con arreglo a los mencionados preceptos, la simple prioridad en el uso de un derecho de esta índole, una vez amparado el mismo por la prescripción del artículo 1.955 del Código civil, sin la concurrencia de ningún otro requisito, no queda enervado por el ulterior acceso a la Oficina tabular de una marca de idéntica denominación, según reconoció expresamente la sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1966, y otra muy distinta que aquél goce de la facultad de anular las marcas posteriormente registradas, como se deduce de los siguientes argumentos: 1.º Que el propio artículo primero, párrafo segundo citado, exige para la producción de los efectos que en él se relacionan «el cumplimiento de las formalidades que mediante la ley se fijan», es decir, el de la inscripción del nombre comercial en el Registro de la propiedad, razón por la cual el artículo segundo añade que tales derechos «pueden adquirirse *por virtud de ese Registro*», en lo que a dichos nombres se refiere; el artículo séptimo supedita a semejante requisito el reconocimiento de la indicada modalidad; el párrafo segundo del 199 hace depender también del asiento de esa índole el uso exclusivo del nombre comercial y el derecho a proceder contra quien utilizara otro igual o semejante con *posterioridad al inscrito*, y el 207 otorga las mismas facultades que al concesionario de una marca, al poseedor de un nombre comercial *registrado*... 2.º Que siguiendo dicho criterio, y salvo algunas escasas excepciones, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado, en la sentencia de 24 de noviembre de 1947, que el poseedor de una denominación de esta clase no inscrita no puede hacer prevalecer su derecho, al amparo del artículo 199, frente al titular registrado; la de 26 de mayo de 1956 sostiene la misma doctrina, requiriendo para la producción de los efectos señalados en los artículos 4, 199 (párrafo segundo) y 207 la constancia del nombre comercial en el asiento tabular correspondiente; la de 21 de noviembre de 1958 insiste en el mismo sentido, y la de 18 de marzo de 1960 agrega que respecto de la anulación de marcas han de regir, ante todo, las normas establecidas en el artículo 124, concretamente reguladoras de la materia, en cuyo precepto, detallada y taxativamente se enumeran los motivos legalmente impositivos de la concesión o registro de las mismas; en ninguno de los relacionados como *numerus aperti* se encuentra el de la prioridad en el uso, alegado como causa de anulación por el recurrente, y siendo de advertir que caso de pretender que

con tal prioridad de uso pueda determinarse un posible error o confusión, que permitiera estimar la comprendida en el número primero del citado artículo, sería de destacar que, como en él claramente se consigna, dicho error o confusión ha de serlo con otro distintivo ya registrado, pues si bien es cierto que en los artículos 1, 2 y 14 se menciona la prioridad de uso como posible generadora de derechos, amparados por los preceptos del Estatuto, no lo es menos que el último párrafo del citado artículo 14 previene que para lograr ese amparo se precisa la obtención del correspondiente certificado de inscripción registral, del que, al igual que sucede en el presente caso, carece el recurrente, y las de 13 de diciembre de 1963 y 14 de marzo de 1969, por análogos razonamientos llegan a la misma conclusión. 3.º Que si bien la sentencia recurrida afirma, como acreditado en el juicio, que la Entidad demandante desde 7 de julio de 1966 utilizó el nombre comercial a que el recurso se refiere, sin interrupción y de forma quieta y pacífica durante más de tres años, adquiriendo su propiedad a tenor del párrafo primero del artículo 1955 de la ley civil sustantiva, no indica, en cambio, ni que dicha posesión se llevara a efecto de buena fe ni que después del transcurso de esos tres años y hasta la inscripción de la marca que se pretende anular, realizada en 10 de noviembre de 1972, la siguiera explotando de modo ininterrumpido, pacífico, con buena fe y justo título, por lo que si bien, de acuerdo con el contenido de la sentencia de 29 de noviembre de 1968, se hubiera reconocido en favor del primero de los litigantes la prioridad del uso extrarregistral, no cabría, en cambio, atribuir a la misma un valor superior, protegido por una presunción *juris et de jure*, al que para los casos de inmatriculación establece el inciso segundo del primer párrafo del artículo 14, sin que a ello obste la doctrina mantenida por las sentencias de lo contencioso-administrativo de 25 de octubre de 1941, 25 de enero de 1947, 2 de abril y 13 de noviembre de 1962 y 7 de marzo y 2 de diciembre de 1966 ..., tanto porque por su procedencia no constituyen doctrina legal a efectos de casación civil (sentencias de 29 de octubre de 1951, 28 de diciembre de 1957 y 15 de octubre de 1971), como porque, en todo caso, también parte del supuesto de que el derecho que se trate de proteger esté debidamente registrado en la Oficina correspondiente.

S. DE F.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA RESOLUCION DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO EXIGE UNA VOLUNTAD REBELDE DEL COMPRADOR (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—Don Fernando vendió a doña María Luisa un local comercial y una vivienda, con precio aplazado y para ser satisfecho mediante entregas periódicas, garantizándolo con condición resolutoria. Según las cuentas del vendedor, en la fecha de la interposición de la demanda, la compradora le debía algunas cantidades (de no mucha consideración). Demanda por ello la resolución de las compraventas. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. Y el Tribunal Supremo, siendo ponente don Francisco Bonet Ramón, declaró no haber lugar al recurso en base a la siguiente

Doctrina de la sentencia.—El motivo cuarto del presente recurso denuncia la incongruencia del fallo recurrido por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no puede prosperar porque, según reiterada jurisprudencia, en tesis general, la sentencia que absuelve la demanda resuelve todas las cuestiones propuestas y debatidas y, en particular, el

pronunciamiento absolutorio de la demanda abarca, en términos generales, la desestimación de todas las pretensiones formuladas, ya haya procedido el fallo al examen jurídico de todas ellas, si son independientes entre sí, ya haya procedido solamente al examen de la cuestión principal, si las demás están ligadas a ella por vínculos de dependencia, de tal suerte que la improcedencia de aquélla determine necesariamente la de las demás a ella subordinadas.

Según reiterada doctrina de esta Sala, la facultad jurídica de pedir la resolución de los contratos de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio convenido en el plazo pactado se rige por la norma general del artículo 1.124 y por la especial del 1.504, ambos del Código civil, exigiéndose, por tanto, una voluntad rebelde por el lado del comprador, cuya apreciación corresponde al Tribunal de instancia, no bastando con la previa declaración de la voluntad del vendedor, expresada en forma auténtica, judicial o notarial, recepticia para el comprador, de tener por resuelto el vínculo por tal causa.

EL CONSENTIMIENTO A UN CONTRATO PUEDE PRESTARSE TACITAMENTE CUANDO EL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES IMPLIQUE SU QUIESCENCIA (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Las actoras y el demandado habían constituido una sociedad civil para construcción y venta de pisos y locales. En una de las viviendas construidas se instaló el demandado con su familia; las demandantes solicitan que tal vivienda sea vendida en pública subasta. Unicamente se aceptó en la instancia que la adjudicación de ese piso al demandado debía ser tenida en cuenta al practicar la oportuna liquidación de la sociedad y rendición de cuentas. El recurso de las actoras es rechazado por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—No puede decirse que haya infringido por violación el artículo 1.720 del Código civil la sentencia, que se ajusta a sus términos literales, pues dicho precepto se limita a establecer la obligación de todo mandatario de «dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato», y esto es precisamente lo que ordena la sentencia recurrida, obligación a realizar, como todas, en ejecución de sentencia cuando no se cumpla voluntariamente, y es allí en donde se han de cumplir los requisitos para su eficacia, modo de ejecución que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia, partiendo de la propia naturaleza de la institución, establecen que «dar cuenta» y «rendir cuentas» son expresiones equivalentes y que si nada se ha pactado será libre la forma de redactar la cuenta, pero deberá, en todo caso, contener detalladamente los ingresos y los gastos y basarse en documentos o comprobantes, como exigen el artículo 283 del Código civil, cuando habla de la rendición de cuentas de la tutela, y el 1.010 y 1.012 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el caso de la administración del *ab intestato*.

Conforme al artículo 1.261 del Código civil, el consentimiento de los contratantes es requisito esencial del contrato, y aclara el artículo 1.262 que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa, y el motivo segundo del recurso plantea el problema de si la oferta y la aceptación para que haya contrato han de ser simultáneas, problema ya superado también por la doctrina científica y la jurisprudencia, coincidentes en admitir que la aceptación puede ser expresa o incluso tácita, por ejemplo, en los contratos de adhesión, las condiciones de la reglamentación son obra del oferente, quedando sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o de adhesión; pero, en todo caso, el consenti-

miento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes o de sus declaraciones resulta implícita su aquiescencia, y esto es precisamente lo ocurrido en el caso de autos, en el que concurren unas circunstancias tan significativas como que el piso a que se refiere fue construido adaptándolo a las necesidades del demandado, que las actoras conocieron y aprobaron el proyecto del piso hecho por el arquitecto y no manifestaron nunca su oposición hasta el pleito, que una vez terminado pasó a ser ocupado por el demandado y se fijó pericialmente el precio para ser tenido en cuenta en el momento de la liquidación, etc., actos propios demostrativos de la existencia de una voluntad concorde de las partes, por todo lo cual hay que desestimar también este motivo.

ARRENDAMIENTOS: LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS NO REGULA LAS CUESTIONES SOBRE VALIDEZ O NULIDAD DE TALES CONTRATOS (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—El usufructuario de unas casas, ya próximo a su muerte, otorgó contrato de arrendamiento de las mismas a favor de sus hermanos. Fallecido el usufructuario-arrendador, los nudos propietarios demandan la nulidad del contrato locativo. Prosperó su acción.

Doctrina de la sentencia.—Ambos motivos plantean el problema de la inadecuación del procedimiento pretendiendo que debió seguirse no el ordinario del juicio de menos cuantía, sino el especial regulado por los artículos 126 y concordantes de la Ley de Arrendamientos Urbanos; motivos ambos que hay que desestimar porque, como dice el artículo 151 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando la acción, aunque propia de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos por esta ley, el litigio se sustanciará conforme a lo dispuesto en las leyes procesales comunes, y es evidente que dicha ley especial parte del supuesto de la existencia inicial de un contrato de arrendamiento y no regula en absoluto las cuestiones sobre nulidad o validez de tales contratos, y mucho menos sobre reclamación de obligaciones extrañas al arrendamiento que en este pleito se plantean.

El recurrente alega que para llegar a declarar ilícita la causa del contrato, la sentencia recurrida parte de la supuesta desproporción del precio, cuando en autos existen documentos acreditativos de que se pagaban alquileres análogos por locales de categoría superior por su situación, y termina diciendo que «si nada impide que el usufructuario otorgue contratos de arrendamiento y si se han dado los elementos esenciales de todo contrato de arrendamiento, entre ellos el precio, estimamos que no puede hablarse de causa ilícita en el presente caso»; a lo que hay que oponer que no ha sido sólo del precio desproporcionado con lo usual en relación con la situación y circunstancias del local arrendado (desproporción pericialmente acreditada en autos), sino de un conjunto de hechos probados de cuya concurrencia deriva un juicio de valor suficiente para sentar la presunción de que el negocio jurídico constituía una simulación, una mera apariencia de contrato, tendente a impedir la recuperación normal de su disfrute por los propietarios una vez extinguido el usufructo, que es lo que constituye la ilicitud de la causa, a que se refiere el artículo 1.275 del Código civil.

ARRENDAMIENTOS: PROCESO DE DESAHUCIO (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—El Casino de una localidad arrendó al ahora demandado la explotación del servicio de café-bar para sus asociados por plazo de diez

años. Cumplido éste demanda el Casino la resolución del contrato y el desahucio del arrendatario. Se estimó la demanda en la instancia por considerar que no se trataba de un arrendamiento de local de negocio. El recurso no es acogido por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—A través del primer motivo del recurso se acusa la violación de la doctrina jurisprudencial que cita, apoyándolo en que declarada por la sentencia recurrida que el contrato que vincula a las partes es un contrato complejo, es inadecuado el proceso sumario de desahucio seguido por los cauces del artículo 1.569 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, irregularidad procesal de forzoso acatamiento derivada de la naturaleza sumaria de aquél, debiendo resolverse el conocimiento del problema resolutorio de tal contrato a un procedimiento ordinario, en el supuesto de no tratarse de un típico arrendamiento de local de negocio; pero olvida el recurrente que la causa que motiva el fallo de que se recurre es el vencimiento del plazo contractual estipulado en el contrato, que se halla claramente determinado en el mismo, y al proceso de desahucio le está específicamente atribuida la competencia para sustanciar la pretensión cuando tenga por fundamento la expresada causa de vencimiento del contrato, conforme al número 1.º del artículo 1.569 del Código civil, por lo que ha de desestimarse el motivo.

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—El propietario y el aparcero de una finca rústica sembraron en ella lino, el cual durante su crecimiento se vio afectado por la aparición de ciertas malas hierbas. Consultaron con dos Peritos Agrícolas, que tenían la representación de ciertos productos herbicidas, quienes les recomendaron uno de ellos. Con tal producto se efectuó una fumigación aérea de la finca, pero resultó ser demasiado fuerte, pues destruyó también el lino sembrado. Los cultivadores demandan a los Peritos Agrícolas, quienes son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—El recurso denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, de imposible prosperabilidad porque para cumplir el mandato legal al respecto alega como documentos unas facturas sobre fumigación, un acta de trabajo librada por la Compañía «Fumigación Aérea Andaluza, S. A.», y una letra de cambio librada por los hoy recurrentes a los dueños de la finca en que se realizó la operación, ninguno de los cuales reúne los requisitos necesarios que la ley requiere a los específicos fines de la casación, pues ni intrínsecamente pueden reputarse como auténticos ni por sí solos demuestran de modo indubitado lo contrario a lo afirmado por el Juzgador, que además los tuvo en cuenta y ponderó dentro del conjunto de elementos probatorios; alega error de derecho en la apreciación probatoria en los motivos noveno, décimo y undécimo, con infracción del artículo 1.253 del Código civil, que, respectivamente, se concreta en cada uno de ellos como violación, interpretación errónea y aplicación indebida, que tampoco son susceptibles de estimación, pues su simple enunciado demuestra la improcedencia e inconsistencia del alegato, porque el recurrente parece dejar a este Tribunal Supremo no ya la decisión, sino también la elección de cuál de ellos es el realmente aducido, habida cuenta que son contradictorios y opuestos entre sí; pero además porque es conocida, por lo reiterada, la doctrina jurisprudencial a cuyo tenor la posible infracción de dicho precepto sustantivo—en cuanto, propiamente hablando, no contiene norma valorativa de prueba que pueda respaldar un alegato por la vía empleada—, no puede ser válidamente aducida sino por el cauce del número 1 del

artículo 1.692 de la ley procesal, una vez que se hayan desvirtuado los hechos en que se basó el Juzgador para llegar a la deducción que se impugna, desvirtuación de los elementos fácticos que no se ha hecho, debiendo entonces prevalecer el juicio deductivo del juzgador de instancia, a menos que se evidencie que es absurdo, ilógico o contraviene una norma legal, lo que aquí no se ha logrado.

VALORACION DE PRUEBA (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia la violación del artículo 1.253 del Código civil, mas al hacerlo así y argumentar el recurrente sobre la declaración del único testigo que prestó declaración pretendiendo que las consecuencias que derivan de aquélla son distintas a las sentadas por la Sala de instancia, olvida que la apreciación de dicha prueba es libre para el Tribunal, sin consistir en ningún caso en una presunción, razón por la cual el motivo ha de ser desestimado. Los motivos segundo y tercero han de correr la misma suerte, el primero de ellos porque no denuncia la infracción de norma valorativa de prueba, ya que los dos preceptos citados, artículos 1.248 del Código civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tienen tal carácter, puesto que son reglas indicativas y no obligatorias, según establece la jurisprudencia de esta Sala, y el segundo porque basa el error de hecho en documento (una certificación de demanda de otro juicio) que no tiene el carácter de auténtico a efectos de casación.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: CARECE DE CARACTER REAL; NO GRAVA LOS BIENES A LOS QUE AFECTA, CONFIRIENDO UNICAMENTE AL ACREEDOR QUE LA OBTENGA UNA PREFERENCIA PARA EL COBRO DE SU CREDITO SOLO EN CUANTO A CREDITOS SUPERIORES (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1975).

Hechos.—Don José vendió a don Manuel, esposo de su hija, doña Natalia, una casa. Posteriormente, don Manuel y doña Natalia adquirieron de otra persona diversas casas con dinero parafernial; todas estas adquisiciones se inscribieron en el Registro con carácter ganancial. Por deudas de don Manuel todas estas fincas fueron embargadas, anotándose preventivamente en el Registro tal circunstancia. Demanda doña Natalia a su marido, don Manuel, y a los acreedores que le embargan, alegando que la venta de la primera finca es nula por simulación, y las otras son pertenecientes a ella por el carácter parafernial del precio. La demanda es estimada sólo en parte por el Juzgado y la Audiencia, que decretan la nulidad de la venta de la primera casa por simulación y el carácter parafernial de las otras fincas, pero estiman no haber lugar a cancelar las anotaciones preventivas de embargo por considerar que los anotantes eran terceros protegidos. El recurso de la actora, doña Natalia, es acogido por el Tribunal Supremo, quien ordena la cancelación de las anotaciones.

Doctrina de la sentencia.—Es de tener presente, ante todo, la naturaleza y el alcance jurídico de las anotaciones preventivas en nuestro ordenamiento, en el que no pasa de ser un simple asiento provisional de un derecho eventual carente de carácter real, que no grava de esta forma los bienes a que afecta y que en la modalidad de anotación de embargo habrá de estar regida por la norma contenida en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor el acreedor que la obtenga tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923, número 4, del

Código civil, que se refiere «sólo en cuanto a créditos posteriores», sin que respecto de las enajenaciones producidas con posterioridad produzca más que una ineficacia meramente relativa—cuando perjudique los derechos del anotante—y sin que en ningún caso afecten a las anteriores, aunque se inscriban después, que es justamente lo ocurrido en el supuesto examinado, en el cual, cuando se llevan a cabo las anotaciones, lo inscrito no se correspondía con la realidad, sin que la discrepancia pueda salvarse con la inscripción, a virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, y sin que pueda entrar en juego la presunción de legitimación registral del artículo 38 del mismo texto legal, habida cuenta que de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, conforme con la unánime doctrina científica, la presunción que dicho precepto establece es sólo *iuris tantum*, desvirtuable por la prueba en contrario, con la importante particularidad de que, caso de que fuera mantenida la vigencia de las referidas anotaciones, se daría la inconcebible situación de que recaerían sobre bienes ajenos al embargado por conceptos a que, a su vez, es extraño el verdadero titular, lo que supone, como inevitable corolario, la consiguiente necesidad de cancelar las debidas anotaciones junto con el levantamiento antes referido de los embargos a que las mismas obedecen.

Frente a cuanto se acaba de exponer, no es argumento válido el empleado uniformemente por la sentencia recurrida de que ni la nulidad absoluta de la venta ni la constatación del carácter parafernial y no ganancial de las adquisiciones podían afectar a las entidades embargantes, que anotaron el embargo en el Registro de la Propiedad porque tenían la condición jurídica de terceros de buena fe, amparados, consiguientemente, por el principio de la fe pública registral, consagrado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y no lo es porque dicho precepto fue erróneamente interpretado, como consecuencia de lo cual se produjo la aplicación indebida de la doctrina en él contenida, pues a quien otorga la expresada protección es al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso de quien figura como titular inscrito en el Registro, lo que es cosa distinta del simple tercero civil o común, en cuanto ajeno al acto jurídico discutido, que en el presente caso puede decirse existente, y cuya buena fe nadie discutió, pero que nada adquiere, ni a título oneroso ni a ningún otro, puesto que se limitó a anotar preventivamente unos embargos judicialmente decretados a causa de unos créditos personales que tenían contra el que aparentaba tener la titularidad dominical según resultaba del Registro, que después se demostró que era irreal, lo que nada tiene que ver, forzoso es insistir en ello, con la hipótesis contemplada por el precepto cuya normativa se aplicó.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: LA HAY ENTRE LOS COHEREDEROS A LOS QUE SE ADJUDICA CONJUNTAMENTE EN LA PARTICION UN NEGOCIO MERCANTIL (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Por fallecimiento del titular de un negocio de ferretería y armería fue adjudicado éste a sus tres hijos, aunque la gestión y administración la llevó únicamente el mayor, que además era tutor de sus hermanos por minoría de edad de éstos. Al cabo de muchos años de esta situación reclaman los dos hermanos no administradores que se reconozca su participación en el negocio y se les rinda cuentas. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida declara terminantemente que se llega a concluir... que las relaciones existentes entre los hermanos que ahora litigan constituyen una sociedad civil de naturaleza

particular y carácter irregular, cuyas estipulaciones rigen sólo entre los mismos obligados por el convenio social..., afirmaciones fácticas y deductivas que han quedado incólumes en este trámite al no haber sido desvirtuadas, y que desde el punto de vista jurídico, en lo que a la conclusión se refiere, se ajusta en un todo a las características que constituyen la esencia de las dos instituciones que entran en juego, puesto que extinguida la primitiva comunidad hereditaria con la oportuna partición, lo que continuó en común no son objetos concretos sobre los que la titularidad plural se limite al uso y disfrute, sino un negocio mercantil de ferretería y armería en el que va implícito el ánimo de partir las ganancias que se produzcan y, naturalmente, compartir las pérdidas que pudieran producirse, a la manera como se previene para las sociedades civiles en el artículo 1.665 del Código civil, que fue por ello debidamente aplicado, en relación con el 1.669 y el párrafo segundo del 392 del mismo Cuerpo legal, habida cuenta la falta de publicidad del referido contrato societario, lo que lleva consigo la inevitable obligación de rendir cuentas, con la que no pueden identificarse las entregas esporádicas y ocasionales que mediante vales o recibos se dicen efectuadas; rendición de cuentas que, por otra parte, es indispensable al margen de la naturaleza específica de la relación, tratándose de un negocio común, regido y administrado por uno solo de los partícipes en el mismo, como proclamó la constante y reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo.

ARRENDAMIENTOS DE OBRA: SE DISTINGUE DEL DE SERVICIOS EN QUE SE OBLIGA A LA PRESTACION DE UN RESULTADO. EL CONTRATO POR EL QUE UN ARQUITECTO SE OBLIGA A LA DIRECCION DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCION DE UN EDIFICIO ES ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—De los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obras, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este Tribunal radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no del resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios, y en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra, sin que para suponer la existencia de un contrato de esta última especie sea suficiente que la actividad se prometa en dirección a un resultado determinado dado que toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado.

El contrato oneroso concluido por un arquitecto por el que se obliga a la dirección facultativa de las obras de construcción de un edificio ha de ser calificado, conforme a la doctrina precedente, de arrendamiento de servicios, puesto que mediante él no promete ni debe un resultado, sino solamente la actividad de dirección de las obras precisas al efecto, calificación que persiste, como antes se ha apuntado, aunque dicha actividad se oriente inmediatamente hacia aquel resultado, y que es la que ha sido acogida en la jurisprudencia de esta Sala, basada en la calificación del contrato de servicios propios de las profesiones y artes liberales en general.

El artículo 1.594 del Código civil, tanto por su colocación sistemática como por su texto, sólo es aplicable directamente al arrendamiento de obra, no al de servicios, y por ende, no al ministerio unilateral.

La prueba de los perjuicios es de apreciación del Tribunal sentenciador,

ya que la existencia de aquéllos no es consecuencia forzosa e ineludible del incumplimiento de una obligación, y que respecto a las ganancias o utilidades dejadas de obtener, no cabe derivarlas de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: LA ACCION U OMISION DETERMINANTE DEL DAÑO INDEMNIZABLE SE PRESUME CULPOSA (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Un camión de gran altura y que transportaba maquinaria pesada causó graves daños a un paso elevado o puente que cruzaba la carretera. El conductor del camión y su propietario son condenados a indemnizar al Estado los daños.

Doctrina de la sentencia.—El principio subjetivista que inspira a los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil viene evolucionando en la doctrina y en la jurisprudencia en el sentido de que la acción u omisión determinante del daño indemnizable se presume culposa, incumbiendo al agente o autor del hecho causal del daño la obligación de desvirtuar esa presunción, a cuya efecto tiene que demostrar haber procedido con la diligencia y cuidado debidos, atendidas las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, y en el presente caso, es manifiesto que el choque del camión con el techo o tablero del paso elevado es un hecho que por sí solo determina posibilidad de culpa o negligencia en su conductor, por cuanto que no aparece ni se infiere que el conductor del camión adoptara medida precautoria alguna, ni que el accidente se produjera por fuerza mayor o por un suceso inevitable, sin que, por otra parte, le exonere de responsabilidad la circunstancia de que el citado paso no estuviere señalizado y que no se hubiera hecho mención del mismo por la autoridad especial de circulación, porque con tales señalización y advertencia o sin ellos, el conductor del camión había de proceder con la diligencia y cautela que requería la presencia en su ruta del paso elevado en cuestión.

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA: AL TRIBUNAL A QUO COMPETE LA ESTIMACION DE LA VALIDEZ DE LAS DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El error de derecho que en la apreciación de la prueba se atribuye al Juzgador de Instancia, no puede alcanzar el éxito deseado por la parte que lo formula, tanto porque no se expresa el concepto de la infracción que se estima cometida respecto de los artículos 1.225 y 1.248 del Código civil y 603 y 608 de la ley procesal, en que el mativo se apoya, como porque la Sala sentenciadora no ha desconocido la eficacia en juicio que al documento privado le atribuye el citado artículo 1.225, sino que ha apreciado su fuerza probatoria en la forma que ha estimado conveniente, en uso de las atribuciones que a tal fin le están encomendadas, y porque, en último término, los artículos 1.248 del Código civil y 603 y 608 de la Ley de Trámites, no contienen regla alguna sobre valoración de prueba, al dejar el primero de ellos al arbitrio del Tribunal *a quo* la estimación de la validez de las declaraciones de los testigos, sin que contra el uso que de ficha facultad realice, pueda utilizarse el recurso de casación.

RESCISION POR LESION ULTRA DIMINIUM: ESTAN EXCLUIDAS DE SU APLICACION LAS PROMESAS BILATERALES DE COMPRAR Y VENDER (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El párrafo primero del artículo 323 de la vigente Compilación del Derecho civil de Cataluña, establece que «los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el *enajenante* haya sufrido lesión en mas de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez», lo interpreta acertadamente el Tribunal *a quo*, cuando excluye a las promesas bilaterales de comprar y vender como la de autos, fundado en que el enajenante en el sentido que expresa no surge de la promesa, por no operar cambio alguno durante su vigencia, pues la cosa y el precio continúan en los respectivos patrimonios de los promitentes, y por tanto no puede hablarse de lesión en ninguno de ellos, mientras que al celebrarse los contratos de compraventa o permuta, es decir, al operarse el cambio real de cosas por dinero o por cosas, es precisamente el momento en que puede producirse un desfase en el patrimonio del vendedor al acusar la salida de lo que fue objeto de la venta o permuta, una disminución en más de la mitad de su valor, cual así viene a corroborar la recta inteligencia y aplicación del párrafo segundo del artículo 324 de la Compilación al disponer que «para apreciar la existencia de la lesión se atenderá al justo precio, o sea el valor en venta que las cosas tuvieran al tiempo de otorgarse el contrato en relación con otras de igual o análogas circunstancias en la respectiva localidad, aunque el contrato se consumare después», pues de ser aplicable a las promesas bilaterales de comprar y vender, quedaría al libre arbitrio del promitente comprador el que no pudiera obtener la rescisión el promitente vendedor, con dejar trascurrir los cuatro años determinados por el párrafo tercero del artículo 323 para la caducidad de dicha acción desde la fecha del contrato, para pedir después la ya irreversible consumación de la promesa, que quedaría así plasmada en un irrevocable contrato de compraventa.

LITISCONSORCIO PASIVO (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Los recurrentes hacen supuesto de la cuestión y argumentan como si el pletito tuviera que ser fallado forzosamente a su favor, en cuyo caso no resultaría afectada la Entidad «Sergoy, S. A.», ya que no resultaría de la sentencia ningún perjuicio a dicha entidad; pero en cambio descartan como si fuera imposible la hipotética desestimación de la demanda en el fondo, en cuyo evento quedarían en todo su vigor los contratos de arrendamiento de dichos demandados, que habrían de gravitar sobre la entidad referida, por imperio de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que transfiere al tercero que compra los derechos y obligaciones del antiguo arrendador.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCLUIDA LA POSIBILIDAD DEL RETORNO LA INDEMNIZACION HA DE TENER UNA MAYOR EXTENSION (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Los arrendatarios de unos locales de negocio que son desalojados de los mismos para edificar en el solar que ocupaban aquéllos, de-

mandan una indemnización. Acogida la demanda por la Audiencia, el Supremo rechaza el recurso de los propietarios.

Doctrina de la sentencia.—Como ya tiene declarado esta Sala en sentencia de 25 de enero de 1974, «no existe la debida paridad desde el punto de vista analógico, que ha de tenerse en cuenta para la aplicación al supuesto de autos de la legislación de arrendamientos urbanos, como consecuencia de lo dispuesto en el número 3 del artículo 549 de la Ley del Suelo, con lo previsto en el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que este precepto contempla un supuesto en que se permite al arrendatario la opción entre volver por retorno a la nueva edificación, o resolver el contrato mediante indemnización, mientras que por el precepto de la vigente Ley del Suelo, se excluye la posibilidad del retorno, lo que agrava la situación del arrendatario y por ende, lógicamente la indemnización ha de tener mayor extensión, guardando el supuesto más analógico con lo dispuesto en el número 3 del artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a que se remite la sentencia recurrida, en que no se admite el derecho de retorno».

COMPETENCIA TERRITORIAL (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Según tiene declarado repetidamente este Tribunal, el tema relativo a la competencia territorial del órgano jurisdiccional solamente puede ser abordado en casación por la vía del recurso por quebrantamiento de forma previsto en el número segundo del artículo 1.691 y por el cauce concreto del número sexto del artículo 1.693.

RECURSO DE CASACION: NO HA LUGAR AL MISMO CUANDO DE SU ESTIMACION SE DERIVARIAN RESOLUCIONES CONTRARIAS AL PROPIO RECURRENTE (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Un tractor atropelló y causó la muerte a una mujer. Su viudo, en representación de dos hijos menores de edad, demanda al conductor, a la propietaria del tractor y a la compañía de seguros. Los demandados son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina constante de esta Sala que no debe darse lugar al recurso de casación cuando de su estimación derivarían resoluciones contrarias al propio recurrente, lo que sucedería en el presente caso de condenarse a la impugnante como responsable directa en lugar de subsidiaria.

Es también doctrina uniforme de esta Sala que el recurso de casación sólo puede dirigirse contra la parte dispositiva de la sentencia, pero no contra las reservas de derechos y las aclaraciones de *sin perjuicio* que en las mismas se contengan, las cuales no dan ni quitan derecho, doctrinas que se opone a la estimación del motivo segundo que ataca la declaración de la sentencia recurrida, según la cual, la condena a la dueña del tractor al pago de la cantidad de trescientas mil pesetas se hace *sin perjuicio* de poderla repetir contra la aseguradora en virtud del contrato de seguro o seguro voluntario.

El motivo tercero acusa la violación del artículo 503, número segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivo que tampoco puede prosperar dado que también es doctrina uniforme de esta Sala que el artículo expre-

sado, por su carácter procesal, no puede ser invocado con éxito para fundamentar un recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal.

Es doctrina reiterada de esta Sala, por una parte, que el recurso de casación sólo se da contra la parte dispositiva de la sentencia, siendo ineficaz e inoperante combatir los considerandos que no constituyan premisa obligada o antecedente necesario del fallo recurrido, y, por otra parte, que es jurisprudencia constante que no procede la casación de una sentencia cuando la que hubiera de dictarse en lugar de la casada habría de contener el mismo fallo, aun siendo por distintos fundamentos.

VENTA EN PUBLICA SUBASTA (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El documento por el que se anunció la subasta no contradice sino que por el contrario justifica el hecho de que se liquide, no por aquella cantidad que se hizo constar en el anuncio, sino por la realmente retirada, que se ha justificado que es mayor.

Los artículos del Código de Comercio citados en el recurso como no aplicados no son de aplicación al caso presente, lo uno por no ser venta mercantil, lo otro por ser venta en subasta pública, en la cual el postor ha tenido a su vista la mercancía antes de ofertar y por tanto no ha de poder rechazarla después de adjudicada y retirada la mercancía sin protesta.

LA PRESENTACION DE LA DEMANDA INCIDENTAL DE POBREZA INTERRUMPE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1975).

Hechos.— Un ferrocarril de vía estrecha atropelló a un joven, que murió en el acto. Los padres de la víctima damandan una indemnización de la Compañía. La demanda fue estimada en Primera Instancia, pero la Audiencia en cambio absolvió a los demandados, considerando que había prescrito la acción. El Supremo casa esta sentencia y confirma la del Juez de Primera Instancia.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la acción derivada del artículo 1.902 del Código civil en que se apoya la demanda ha de ser ejercitada dentro del plazo de un año, es igualmente cierto que el perjudicado no puede instarla sino desde la fecha en que se dictó el auto firme de sobreseimiento provisional del procedimiento penal que se instruyó para depurar la forma en que ocurrió el accidente causante de la muerte del hijo de los actores, pues antes lo impide el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual promovido un procedimiento criminal en averiguación de un delito o falta, no se puede seguir pleito sobre el mismo hecho, no empezando a correr el plazo de un año sino desde la fecha de la sentencia o auto de sobreseimiento que ponga fin al proceso criminal, siendo inoperante para el ejercicio de una acción civil el conocimiento que el perjudicado pudiera tener de los hechos que determinan el ejercicio de la acción civil, pues la subsistencia de la causa criminal condiciona o impide el ejercicio de aquella acción.

Conforme tiene declarado la jurisprudencia interpretativa del artículo 1.973 del Código civil, la presentación de la demanda incidental de pobreza interrumpe la prescripción, si en ella se designa con claridad suficiente el objeto de la demanda principal para cuyo planteamiento se solicita aquel beneficio, porque ello equivale a una interpretación judicial.

CONGRUENCIA: HA DE TENERSE EN CUENTA EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA EN RELACION CON EL AMBITO DE LA CONTROVERSIA (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1975).

Hechos.—«Chocolates Elgorriaga» pretendía adquirir un local en Las Palmas, por lo que otorgó un contrato de opción de compra con don José, al que entregó cincuenta mil pesetas, manifestándose que el local estaba libre de cargas. Posteriormente firmaron otro documento privado, y «Chocolates Elgorriaga» entregó a don José quinientas mil pesetas. Al ir a otorgar escritura pública, se vio que el local estaba sujeto a una fuerte hipoteca y a un embargo. «Elgorriaga» demanda la resolución del contrato y su demanda prospera.

Doctrina de la sentencia.—Se utiliza como argumento para fundamentar la incongruencia el de que en la demanda se solicitó la resolución del contrato de opción de compra y en la sentencia se declaró la resolución del contrato de compraventa, lo que equivale a conceder cosa distinta de lo pedido, motivo primero, y también más de lo pedido, motivo segundo, motivos cuya inviabilidad es indudable, porque si bien es cierto que el requisito de congruencia se determina en función de la adecuación o conformidad entre las peticiones oportunamente deducidas por las partes y el fallo, también lo es que ha de tenerse en cuenta, además, con esa finalidad, el contenido de la sentencia en relación con el ámbito de la controversia y en el caso de autos formó parte de la misma la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de lo pactado por los litigantes en los documentos de 21-11-1969 y 20-12-1969, respecto a lo cual el Tribunal de Instancia llegó a la conclusión, derivada de la interpretación de dichos documentos, de que la facultad concedida por el vendedor a la compradora, de que en el lazo fijado en el documento de veintiuno de noviembre expresara su voluntad de adquirir la cosa objeto de la venta, *dejó de ser tal* a virtud de lo convenido en el documento de veinte de diciembre, según el cual la actora y compradora entregó al demandado y vendedor la cantidad de quinientas mil pesetas a cuenta del precio total de la venta, reservándose el pago del resto para el tiempo de otorgarse la escritura pública, en el plazo de los dieciocho meses siguientes, pasando a ser un verdadero y perfecto *contrato de compraventa* con parte del precio al contado y parte aplazado, así pues en la sentencia impugnada no fue sustituida la pretensión procesal, ni concedido más de lo pedido.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: SE RIGE POR LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LA COMUNIDAD DE BIENES (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Existiendo entre las partes litigantes una relación societaria, constitutiva de una sociedad civil, particular e irregular, con igualdad de derechos y obligaciones entre ambos socios, con régimen en el artículo 1.669 del Código civil, y que en ella los dos socios actuaron en régimen de comunidad, con igualdad de derechos y obligaciones respecto a la administración sentado lo cual es llano, por una parte, que esa sociedad irregular o de hecho, carente de personalidad jurídica, se rige por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, sin que por las disposiciones relativas a que regulan la sociedad civil propiamente dicha, esto es, la que tiene personalidad jurídica, y de otra parte, que no es dable a uno de los socios exigir del otro socio una rendición parcial de cuentas contraída a dos de las fincas rústicas que con otros

bienes integraban el acervo social, porque siendo ambos administradores han de aportar a la liquidación que cada uno de ellos practique las resultas de los actos de administración que respectivamente hayan realizado sobre los negocios comunes, para que así pueda surgir el saldo que refleje la existencia de las pérdidas o ganancias habidas a distribuir entre ellos, fin principal y directo del contrato de sociedad.

DESAHUCIO DE UN CINEMATOGRAFO: LA SIMPLE ALEGACION POR EL DESAHUCIADO DE OSTENTAR LA TITULARIDAD DOMINICAL NO ES MOTIVO SUFICIENTE PARA REMITIR A LAS PARTES AL JUICIO DECLARATIVO CORRESPONDIENTE (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1975).

Hechos.—La propietaria de un local cinematógrafo demanda de desahucio al arrendatario del mismo. La Audiencia estima la demanda y el Supremo rechaza el recurso del demandado.

Doctrina de la sentencia.—Alega el recurrente que la Sala de instancia ha venido a resolver el problema de la titularidad de aquella industria, por los estrechos límites del juicio de desahucio, cuestiones que por su complejidad o ambigüedades exceden de las simples y sencillas del arrendamiento, las cuales han de resolverse en el juicio declarativo correspondiente.

Pero la relación jurídica existente entre los litigantes no puede calificarse de negocio jurídico complejo, como pretende el recurrente, pues a la contemplación del juzgador no se ofrece más que la cesión del uso o disfrute del objeto locado, por cierto tiempo y precio determinado, que son los elementos objetivos esenciales del arrendamiento, y sin que a él aparezcan incorporadas otras obligaciones o contraprestaciones diferentes que pudieran alterar la naturaleza de tal contrato y convertirlo en complejo; la simple discrepancia entre los contendientes respecto a la naturaleza y determinación del objeto del arrendamiento no es generadora de ninguna complejidad contractual, pues no comporta el cumplimiento de ninguna obligación diferente a las que como esenciales genera el arrendamiento. La falta de documentación del contrato de arrendamiento litigioso, tampoco engendra complejidad alguna en dicho contrato, pues no es productora de obligaciones y derechos distintos de las esenciales de todo arrendamiento. Salta a la vista que la simple alegación de tal titularidad dominical por el demandado, no seguida de la justificación de ella, no puede ser motivo suficiente para que haya que remitir a las partes al juicio declarativo correspondiente, porque ello equivaldría a hacer improsperable toda demanda de desahucio, ya que para ello bastaría hacer dicha alegación, que siempre está al alcance del demandado.

J. Q. S.

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y CONFESION JUDICIAL. CAUSA EFICIENTE, MATERIAL, FORMAL Y FINAL EN LOS CONTRATOS. PERFECCION DEL CONTRATO DE PRESTAMO MUTUO (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1974).

El procurador don A. A. F. en representación de don Francisco Garrido Garrido, formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, turnada al Juzgado de Primera Instancia número dos de Huelva, contra la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva, y contra los herederos

ros de don Antonio Torres Garrido, que son: su viuda doña Luisa Muñiz Garrido y sus hijos, don Antonio, don Luis Guillermo, don José Luis y don Jesús María, este último menor de edad representado por su madre doña Luisa Muñiz, sobre nulidad de póliza de préstamo y fianza mercantil, escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria y cancelación registral: La demanda exponía los siguientes hechos: PRIMERO. Que en el mes de junio de 1966, don Antonio Torres Muñiz en representación de su padre don Antonio Torres Garrido, visitó a don Francisco Garrido Garrido, solicitándole garantizarla ante la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva, un préstamo de veinte millones de pesetas que pensaba solicitar a fin de poner en pleno funcionamiento sus industrias de aceite y jabones, a la sazón paralizadas por falta de recursos económicos, asegurándole que el aval que prestara no implicaba ningún riesgo ya que se amortizaría rápidamente con los productos de su fabricación y además le garantizarían el buen fin de la operación mediante hipoteca de los bienes que poseían. El señor Garrido Garrido que tenía en buen concepto a los señores Torres y los consideraba en sólida posición económica, confiando que sólo se trataba de una firma de puro trámite, aceptó conceder el favor que le solicitaban sin exigir interés ni merced de ninguna clase. Puesta en marcha la operación, el 30 de dicho mes de junio y en impreso oficial el señor Garrido Garrido formuló declaración de bienes al dorso de la proposición de préstamo formulada por don Antonio Torres Garrido a la Caja y en donde hizo constar éste que los veinte millones solicitados serían empleados en las atenciones de sus fábricas y negocios de aceites y jabones. SEGUNDO. Que el día 1 de julio siguiente se presentó el señor Torres Muñiz en el domicilio del actor a fin de trasladarle a Huelva para formalizar y firmar el préstamo que por valor de diez y siete millones de pesetas le había sido concedido: una vez presentados en las oficinas de la Caja fue formalizado el crédito en póliza de préstamo por la indicada cantidad intervenida por el Corredor de Comercio don Enrique Castillo Gómez González. En el documento suscrito se hacía constar que el señor Torres Garrido recibía en el acto de la firma del contrato la cantidad de diez y siete millones de pesetas en moneda de curso legal en calidad de préstamo, fijándose el plazo de devolución en dos años mediante amortizaciones periódicas del veinticinco por ciento cada semestre, pactándose un interés del seis y medio por ciento anual y un cinco por mil por comisiones pagaderos también por semestres añadiéndose por la falta de pago de intereses en un semestre o el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas por el deudor daría lugar al vencimiento del préstamo y la cantidad líquida exigible. TERCERO. Que transcurrido el primer semestre en 31 de diciembre de 1966 sin que el señor Torres Garrido hiciera entrega a la institución prestamista de cantidad alguna con destino a baja de capital o pago de intereses, la Caja el 16 de febrero del siguiente año dirigió una carta al señor Garrido Garrido comunicándole su decisión de dar por cancelado el crédito, vencida y liquidada la deuda, comunicándole ante la amenaza de ejecución a que abonara la totalidad del préstamo más los intereses adeudados. A las gestiones que llevó a cabo el fiador cerca del señor Torres Garrido para que cumpliera la obligación contraída siempre alegó éste la imposibilidad de hacerlo por no haber podido trabajar y carecer de efectivo, razón por la cual el señor Garrido para evitar los desastrosos efectos que producirían en su patrimonio la ejecución judicial denunciada, solicitó de la Caja le arbitrasen una fórmula de pago aplazada que él pudiera atender; así tuvo que aceptar las condiciones que le impuso dicha entidad, acordadas por su Comisión Permanente el día 9 de junio de 1967, obligándosele al otorgamiento de escritura pública de 1 de agosto de dicho año en la que reconocía adeudar a dicha institución la cantidad de diez y ocho millones ochocientos diez y nueve mil cuatrocientas cuarenta y cuatro pesetas en concepto de descu-

bierto de la fianza solidaria que había prestado a favor de don Antonio Torres Garrido por el préstamo de diez y siete millones de pesetas que el crédito y sus intereses hipoteca de sus dehesas las Mesas y Majadal del Valle. CUARTO. Que con motivo de querrela criminal promovida por don Francisco Garrido ante el Juzgado de Instrucción número uno de esta capital contra don Antonio Torres Garrido, la empresa «Imporex S. A.» y don Antonio Torres Muñiz por tentativa de estafa y otros delitos que dio lugar al sumario para esclarecer los hechos, se recabó de la Caja diversos informes, a través de los cuales el señor Garrido Garrido tuvo conocimiento del verdadero trasunto de aquel préstamo y de los acuerdos previos habidos entre el señor Director Gerente de la Caja y los señores Torres, los cuales tuvieron buen cuidado de ocultar a aquél, ya que de conocer éste la verdad difícilmente habría prestado la fianza. En dicha causa fue dictada sentencia el 25 de noviembre de 1968, por la que fueron condenados don Antonio Torres Garrido y su hijo don Antonio Torres Muñiz como autores criminalmente responsables de un delito de estafa a la pena de seis años y un día de presidio mayor por la forma en que fue obtenida dicha fianza, condenándoseles así mismo a un año de presidio menor por tentativa también de estafa. De dicho sumario y de la sentencia recaída puede deducirse que el señor Torres Garrido en época inmediata anterior a la operación de préstamo garantizada por el señor Garrido Garrido, bien por desfavorables factores en el desenvolvimiento de sus negocios o por circunstancias adversas en la explotación de sus propiedades rústicas o por ambas cosas a la vez, contrajo deudas con entidades bancarias y con particulares por cantidad superior a los cuarenta y dos millones de pesetas; en tal situación acudió a la Caja Provincial de Ahorros de Huelva en solicitud de un crédito, concediéndosele un préstamo de nueve millones de pesetas mediante póliza con garantía personal de 27 de diciembre de 1965 número 9.300 con vencimiento al 27 de septiembre de 1966 y que fue garantizado solidariamente por la propia esposa del señor Torres Garrido, doña Luisa Muñiz Garrido, que no disponía de más bienes que los de la sociedad legal de gananciales y por el hijo del matrimonio don Antonio Torres Muñiz sin más capital y medios de vida que la asistencia que le prestaban sus padres. La institución prestamista ante la anormal situación creada por el impago de intereses de dicho crédito y el riesgo que corría con la nula garantía solidaria de pago, conociendo la verdadera situación económica del prestatario debió requerirle para que regularizara su situación; las consecuencias de este impago las relata el propio Director de la Caja en el informe dirigido al Juzgado Instructor en el citado sumario, consignando que en el mes de junio de 1966 los señores Torres visitaron dicha Dirección dos o tres veces proponiendo una ampliación de su póliza 9.300 extendida por un nominal de nueve millones de pesetas para resolver definitivamente la situación de su industria, añadiendo que se concertó en principio dicha operación sobre las bases siguientes: Presentación de aval de una persona solvente que garantizara el montante total del crédito y cancelación simultánea de la operación existente con disponibilidad de la diferencia y todas las demás condiciones conocidas y que figuran en la póliza 1.950. El crédito fue concedido por un montante de diez y siete millones de pesetas y aceptada que fue por los señores Torres Garrido y Garrido Garrido se suscribió la nueva póliza que dio lugar a la siguiente liquidación: importe líquido de la operación diez y seis millones setecientos sesenta y una mil novecientas noventa y siete. Cancelación préstamo personal amparado en póliza 9.300 incluido nominal intereses diez millones quinientas noventa y ocho mil cuatrocientas veintidós. Diferencia por ampliación seis millones ciento sesenta y tres mil quinientas setenta y cinco. QUINTO. Queda bien claro que el negocio acordado secretamente por el Director de la Caja y los señores Torres, llevado a la práctica sin darle cuenta a don Francisco

Garrido, no constituía un nuevo préstamo para que el prestatario pudiera disponer libremente de la totalidad de su importe en resolver las dificultades de sus negocios, sino una ampliación o novación por la cual a cambio de eliminar los avales de absoluta insolvencia por otro a satisfacción de la institución prestamista, quedando igualmente claro que lo garantizado por don Francisco fue un contrato de préstamo en el que la Caja declaraba entregar en dicho concepto al señor Torres Garrido la cantidad de diez y siete millones de pesetas para que éste pudiera atender las necesidades de sus industrias. Resulta evidente también que el señor Torres Garrido sólo recibió seis millones ciento sesenta y tres mil quinientas setenta y cinco pesetas, cantidad que en el peor de los casos sería de la que estaría obligado a responder el expresado fiador. Que en los artificios empleados para conseguir de don Francisco Garrido dicho afianzamiento desempeñó un papel preponderante la Caja a través de su Director, por cuanto que por una parte no se informó al fiador del verdadero contenido del negocio y de la reducida cantidad que el prestatario iba a recibir, omitiéndose en el contrato de préstamo todos aquellos pactos y condiciones acordadas entre dicho Director Gerente y Torres Garrido, de las que con tanta precisión informó el primero de ellos al Juzgado Instructor en el repetido sumario. Más no para aquí la actividad del señor Director Gerente de la Caja, sino que en evitación de que el fiador tuviese conocimiento de la verdadera finalidad de su garantía, de la precaria situación económica del prestatario el primero de junio del mismo año, bajo su exclusiva responsabilidad y con infracción de todos los preceptos estatutarios que regulan la concesión de préstamos con garantía personal, concedió por su cuenta y riesgo cantidad tan importante como es la de diez y siete millones de pesetas sin someterlo previamente a la decisión del Consejo de Administración de la Institución. En el presente caso el señor Director primero lo concedió consiguiendo de dicha forma que el fiador no tuviera tiempo de pensarlo y cinco días después dio cuenta al Consejo y puesto a despreciar los Estatutos, siendo obligatorio el que esta clase de préstamos vayan garantizados por dos avalistas, en este caso le bastó con don Francisco Garrido Garrido bajo el pretexto de que se trataba de persona de solvencia moral y económica. SEXTO. Que la cuantía del presente pleito a los efectos de tasas y timbres se cifra en el importe de la deuda reconocida en escritura pública con garantía hipotecaria consistente en diez y ocho millones ochocientos diez y nueve mil cuatrocientas cuarenta y cuatro pesetas. SEPTIMO. Que se han promovido las pertinentes conciliaciones ante el Juzgado Comarcal de Gibraltor y Municipal de esta capital, no concurriendo a su celebración los herederos de don Antonio Torres Garrido y terminando sin avenencia la celebrada con la Caja. Alegó los fundamentos de derecho que estima de aplicación y terminó suplicando al Juzgado que dicte sentencia declarando: Primero. Nulo e inexistente el contrato de préstamo de primero de julio de 1966 por el que la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva facilitó a don Antonio Torres Garrido la suma de diez y siete millones de pesetas por un plazo de dos años, cuya devolución fue garantizada solidariamente por don Francisco Garrido Garrido, declarando nula y sin ningún efecto la garantía solidaria contenida en él. Segundo. Que como consecuencia de la anterior declaración, se aclara asimismo que don Francisco Garrido Garrido no resulta obligado a pagar el importe o valor del expresado préstamo, como tampoco sus intereses y gastos. Tercero. Que igualmente se declara nula y sin ningún valor la escritura de reconocimiento de deuda por valor de diez y ocho millones ochocientos diez y nueve mil cuatrocientas cuarenta y cuatro pesetas con garantía hipotecaria otorgada por don Francisco Garrido Garrido a favor de la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva el primero de agosto de 1967, ordenándose la cancelación del asiento que produjo dicha hipoteca en el Registro de la Propiedad de este

Partido, condenando a dicha Caja a devolver a don Francisco Garrido Garrido las cantidades que tenga percibidas como consecuencia de dicha escritura pública de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria por los conceptos de principal e intereses. O subsidiariamente declarar: a) que por constituir negocio simulado el contrato de préstamo de primero de julio de 1966, don Francisco Garrido Garrido como fiador solidario del prestatario don Antonio Torres Garrido y ante el incumplimiento de este último, no está obligado a satisfacer a la institución prestamista más que seis millones ciento sesenta y tres mil quinientas setenta y cinco pesetas por ser ésta la cantidad verdaderamente entregada y recibida en virtud del expresado contrato de préstamo y, por tanto, hasta donde puede alcanzar la fianza prestada por el indicado señor Garrido Garrido. b) Que como resultado de la precedente declaración deben ser reducidas las obligaciones de pago contraídas por don Francisco Garrido Garrido en la escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria otorgada a favor de la Caja el 1 de agosto de 1967 a la expresada cantidad de seis millones ciento setenta y tres mil quinientas setenta y cinco pesetas que deberán ser abonadas por dicho deudor solidario a la Institución acreedora en las mismas condiciones y plazos consignados en la relacionada escritura mediante las reducciones proporcionales en cuanto a los pagos parciales que en la misma se establecen. c) Que en consecuencia las diferencias que puedan existir por el concepto de intereses abonados por don Francisco Garrido Garrido correspondientes a los diez y ocho millones ochocientos diez y nueve mil cuatrocientas cuarenta y cuatro pesetas consignados en la escritura de reconocimiento de deuda y los seis millones ciento sesenta y tres mil quinientas setenta y cinco pesetas que se establecerán por medio de la sentencia que se dicte como saldo deudor a cargo del fiador por falta de pago del principal obligado, deberán considerarse como cantidades entregadas a cuenta del expresado principal a la institución acreedora.

Compareció el procurador don Luis Moreno Cordero, en representación de la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva, sin que se personaran los restantes demandados que fueron declarados en rebeldía y contestó la demandada oponiéndose a la misma, con base en los siguientes hechos: PRIMERO. Que niega cuantos hechos se establecen en la demanda por su falta de exactitud y veracidad, rechazándose aquellos que se refieren a hechos en los que interviene solamente el demandante o sus mandatarios y terceras personas ajenas a la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva. SEGUNDO. El 27 de diciembre de 1965 don Antonio Torres Garrido firmó y otorgó una póliza de préstamo personal por importe de nueve millones de pesetas con vencimiento al 27 de septiembre de 1966. En la solicitud de crédito con garantía personal que por imprte de doce millones de pesetas suscribió el señor Torres Garrido el 21 de diciembre de 1965 consignó que el dinero prestado se destinaba precisamente a compra de aceitunas, orujo y aceite, comprobándose por este último documento que el destino del préstamo de nueve millones de pesetas que se incorpora en la póliza de 27 de diciembre de 1965 según la solicitud que le sirve de antecedente, es la de su dedicación a compra de aceitunas, orujo y aceite. TERCERO. Que antes del vencimiento del plazo previsto para el reintegro del capital amparado por el contrato de préstamo a que se refiere el hecho anterior el deudor puso en conocimiento de la Caja su deseo de un nuevo crédito; con tal motivo el día 30 de junio de 1966 formula solicitud de crédito personal por importe de veinte millones de pesetas que, según expresa en su petición, se emplearían en atenciones de sus negocios de aceites y jabones, es decir, con destino idéntico al que había señalado a su crédito anterior. La referida solicitud se acompañaba de declaración jurada del fiador solidario don Francisco Garrido Garrido, presentado por aquél, cuya declaración figura al dorso de

la solicitud de crédito del señor Torres Garrido. A la petición de éste accedió el 1 de julio de 1966 formalizándose el préstamo 10.950 por importe de diez y siete millones de pesetas que fue incorporado a la póliza 44.794 otorgada por don Antonio Torres Garrido como deudor y el Director Gerente de la Institución con la toma de razón del Jefe de Préstamos y la intervención del corredor de comercio colegiado don Enrique Castillo Gómez González, incorporándose a dicho documento el contrato de fianza que otorgó en favor de la operación don Francisco Garrido Garrido.

CUARTO. Que don Antonio Torres Garrido recibió, se apropió y dispuso de la totalidad del nuevo crédito de diez y siete millones de pesetas, pues dicha operación, al margen de las bases previas en que se concretara, se desarrolló de la misma forma que todas las de su naturaleza; la Caja puso a disposición del prestatario la totalidad del importe del préstamo, de la cual el mutuuario, bien por escrito o verbalmente, abona el importe de los gastos generales de la concesión, incorporándose el resto disponible a una cuenta corriente que bien tiene ya abierta o bien abre para disponer en su momento del dinero, entregándosele el talonario correspondiente; y así el 1 de julio de 1966 la Caja puso a disposición de don Antonio Torres Garrido la totalidad de los diez y siete millones de pesetas, abonando éste por gastos ciento setenta mil pesetas, disponiendo del resto de diez y seis millones ochocientas treinta mil pesetas, abonando con cargo a esa cantidad el importe de la póliza y de los reintegros por un total de sesenta y ocho mil tres pesetas, constituyendo la diferencia de diez y seis millones setecientas sesenta y una mil novecientas noventa y siete pesetas el saldo disponible real a favor del prestatario. Abierta al prestatario la cuenta corriente número 7.856 por importe de dicho saldo éste empezó a disponer de su dinero extendiendo los talones números 415.581 al 415.602 por un importe total de cuatro millones cuarenta mil trescientas treinta y cuatro pesetas con cuatro céntimos. Don Antonio Torres Garrido ordena verbalmente el 2 de julio de 1966 la cancelación de la operación de préstamo 9.300 en cumplimiento de cuya orden a la que la Caja no podía oponerse se llevó a cabo la liquidación de tal deuda que tuvo su repercusión contable en la cuenta corriente del prestatario el 4 de julio de 1966 de todo lo cual se deduce que don Antonio Torres Garrido tuvo a su disposición la totalidad del préstamo, ejerciendo con absoluta libertad e independencia los actos de disposición que tuvo a bien realizar antes, en y después de la cancelación de la anterior deuda y de igual forma que extendió antes de la citada cancelación veintidós talones por importe de cuatro millones cuarenta mil doscientas treinta y cuatro pesetas con cuatro céntimos, pudo haber extendido y hacer efectivo un talón por el importe total del saldo de la misma en fecha anterior a la orden de cancelación dada.

QUINTO. Que el 20 de enero de 1967 transcurrido el primer vencimiento semestral, fueron requeridos el deudor principal y el fiador para regularizar su situación morosa. El 16 de febrero de 1967, ante la pasividad de ambos, la asesoría jurídica de la Caja los requirió para el citado cumplimiento, recibiendo carta de fecha 11 del mismo mes del señor Garrido Garrido expresando su deseo de asumir la deuda por su parte una vez hecha excusión de los bienes del deudor, no en el sentido jurídico de la palabra, sino con referencia a lo que pudiera sacársele con base a las hipotecas que le tenía hechas; la proposición del señor Garrido fue considerada por el Consejo de Administración de la Caja adoptándose la resolución que le fue notificada el 1 de marzo siguiente; el 27 de mayo, el fiador solicita una reconsideración de las condiciones propuestas por la Caja y ratifica su deseo de asumir el pago de la deuda, resolviendo dicho Consejo el 30 de dicho mes, las condiciones últimas para el pago en vía amistosa por el señor Garrido, de la obligación que tenía contraída.

SEXTO. El 1 de agosto de 1967 se otorga escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca por cuantía de diez y ocho millones

ochocientos diez y nueve mil cuatrocientas cuarenta y cuatro pesetas por don Francisco Garrido Garrido y la Caja Provincial de Ahorros de Huelva, a través de cuyo documento se comprueba la deferencia que dicha institución tuvo para con el fiador al concederle diez y siete años para el pago de lo que era inmediatamente exigible y estableciendo un cuatro por ciento de interés. SEPTIMO. A las insidiosas y más destacadas manifestaciones de los hechos cuarto y quinto de la demanda se ha de alegar que no existieron acuerdos previos al contrato entre el señor Director Gerente de la Caja y don Antonio Torres Garrido, ya que fueron los señores Torres los que propusieron una ampliación de su póliza 9.300 y la única operación que la Caja llevó a cabo fue la concesión de un nuevo crédito de diez y siete millones de pesetas; que la compensación por la que el deudor pagó la cuantía pendiente con motivo de préstamo personal 9.300 es la traducción en el aspecto interno y contable de la Caja, de la orden del prestatario, sin cuya existencia podría habersele cargado el 4 de julio de 1966 en cuenta corriente; se rechazan las gratuitas presunciones del actor del hecho cuarto de la demanda, porque la póliza no había vencido ni había por tanto impagado el 1 de julio de 1966, porque en aquel entonces ni don Francisco Garrido Garrido pensaba en una mala situación económica del deudor y porque en aquella fecha el señor Garrido constituyó a su favor sobre los bienes de aquél sendas hipotecas inmobiliarias y prendas sin el aplazamiento por cuantía de diez millones setenta y cinco mil pesetas. La Caja Provincial de Ahorros no ha concertado con don Antonio Torres Garrido otra operación distinta que la de un nuevo préstamo de diez y siete millones de pesetas que no tuvo carácter finalista. Alegó los fundamentos de derecho y terminó suplicando al Juzgado que dicte sentencia desestimando en su totalidad las pretensiones de la demanda, absolviendo de ellas a la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva con imposición de costas a la actora.

El Juzgado de 1.ª Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, sin especial imposición de costas.

En apelación se confirmó dicha sentencia, sin hacer expresa imposición de costas en la alzada.

No prosperó el recurso de casación.

Los fundamentos del Tribunal Supremo fueron (ponente, señor Bonet Ramón):

Considerando que el motivo primero correctamente formulado al amparo del número séptimo del artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba documental y de confesión judicial con violación del artículo 1.225, en relación con el 1.218, y del 1.232, todos del Código civil, debiendo ser desestimado, porque para que pueda apreciarse en este trámite error de Derecho cometido por el Juzgador en la valoración probatoria, es preciso que se desconozca o vulnere por defecto, exceso o alteración, determinada norma legal citada por el recurrente, que gradúe la fuerza demostrativa del medio empleado en el sentido de vincular al Juzgador o limitar su libertad para apreciar la resultancia del mismo, y no es factible combatir por la vía del número séptimo del artículo 1.692, la fijación del sentido y alcance realizado por el Tribunal sentenciador del documento obrante a los folios cuarenta y cinco y cuarenta y seis, sino por la del número primero del mismo precepto, to, en relación con los que el Derecho sustantivo fijan las normas a seguir en la interpretación de los negocios jurídicos, habiendo establecido esta Sala con reiteración la doctrina de que no cabe invocar error de Derecho con infracción del artículo 1.232 del Código civil, cuando sin desconocer el Tribunal *a quo* el valor probatorio de la confesión judicial, aprecia dicha prueba dentro de su privativa competencia, en combinación con las demás practicadas en el pléito, ya que no es lícito combatir en ocasión el resultado de la apreciación conjunta de la prueba por el aislado de uno de los

elementos integrantes, desestimación que deja incólumes los hechos declarados probados en la sentencia recurrida.

Considerando que fundado el motivo segundo en los hechos que no han quedado acreditados en el anterior debido a su desestimación, ello es suficiente para que privado de la indispensable base *de facto* tenga también que perecer, pero aunque así no fuere el resultado sería idéntico, ya que siguiendo la doctrina legal, aplicando la distinción ontológica entre las cuatro clases de causas: eficiente, material, formal y final al ente jurídico «contrato», es fácil observar que, en el mismo, la causa «eficiente» radica en el consentimiento como concurrencia de voluntades que le dan vida; la causa «material» en el objeto o prestación que se conviene; la causa «formal» en el modo o manera en que el consentimiento se manifiesta y que permite su aceptación a los efectos jurídicos consiguientes, y la causa «final» es la que, por antonomasia, se entiende como «causa del contrato», referida más bien al fin que objetivamente se persigue con el mismo, *finis operis*, tal y como la define el artículo 1.274 del Código civil, que a los motivos o móviles subjetivos de los contratantes, *finis operantis*, que sólo adquieren relevancia cuando la ley manda contemplarlos expresamente, lo que no sucede en el caso de autos, siendo preciso cuando se alega la ilicitud de la causa de los contratos probarla, no bastando la simple afirmación de las partes, que de ser apreciada por sí sola daría al traste con el mínimo indispensable de seguridad jurídica básico en todo sistema organizado de contratación.

Considerando que el motivo tercero también se enfrenta con los hechos declarados probados que han quedado firmes en casación, lo que igualmente acarrea su desestimación, pues como precisa el considerando sexto de la sentencia recurrida, «ciertamente existían las maquinaciones que relata la sentencia penal para conseguir el aval del demandante, pero se hace preciso determinar la intervención que en ellas tuvieron los representantes de la Entidad demandada y de la prueba practicada al efecto se deduce: a) Que el avalista no tuvo conversaciones previas ni comunicación alguna con los representantes de la Caja de Ahorros hasta el día que formalizó la póliza de crédito, limitándose a firmar la misma; b) que ningún representante de dicha Caja le pidió que avalara el préstamo; c) que la acción criminal se dirigió contra el prestatario y uno de sus hijos; d) que en la sentencia dictada en la causa penal no se relata ninguna maquinación que afecte a los representantes y empleados de la Caja, siendo condenados los únicos autores de los hechos probados, según se acredita todo ello con la confesión del actor y con el testimonio de la sentencia que obra en las actuaciones, por lo que queda descartada toda intervención de la Caja de Ahorros en la prestación del consentimiento por el avalista», y según tiene declarado la jurisprudencia, la apreciación de la existencia del dolo ha de fundarse en unos hechos como base de la oportuna calificación jurídica cuya declaración incumbe a la Sala sentenciadora—que en este caso niega que hayan concurrido con relación a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva—por lo cual, solo mediante la impugnación de las declaraciones fácticas de la sentencia al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, podría llegarse a configurar el alegado vicio, y al faltar esta base de hecho, debe decaer el fundamento que se examine.

Considerando que los motivos cuarto y sexto relativos a la falta de perfección del contrato de préstamo a cuya existencia estaba vinculada la fianza solidaria del actor recurrente, conforme al artículo 1.824 del Código civil, como obligación accesoria, envuelven una cuestión nueva incurso en el número quinto, del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el actual trámite se convierte en causa de desestimación, aparte de que, como acertadamente declara el Juzgador de Instancia, el carácter real del contrato de mutuo o simple préstamo, según el cual éste

se perfecciona por la entrega del dinero o cosa fungible al prestatario (artículos 1.740 y 1.753 del Código civil), implica la transferencia al patrimonio de éste de la totalidad de la cantidad prestada, que hecha bien directa o indirectamente, ha de entenderse realizada cuando como en el presente caso, dicha cantidad al ser transferida como primera partida a la cuenta corriente 7.856 abierta a nombre del prestatario a petición propia, entró en la esfera patrimonial de éste, permitiéndole la disponibilidad sobre la misma (considerando sexto del Juzgado, aceptado por la Audiencia).

Considerando que el motivo quinto vuelve a ir contra los hechos declarados probados, como reconoce el propio recurrente en su formalización al desarrollarlo sobre la base fáctica señalada en el motivo primero que ha sido desestimado, lo que provoca inexorablemente la de éste, pues ha quedado firme en casación que formalizado el préstamo en póliza número 10.950-44.794 el 1 de julio de 1966, en ejecución de su contenido y a petición del prestatario fue abierta la cuenta corriente número 7.856 a su nombre en la que se ingresó mediante transferencia de orden interno y como partida inicial de apertura la cantidad de diez y seis millones setecientos sesenta y un mil novecientas noventa y siete pesetas importe del préstamo concedido mediante deducción de gastos y otros conceptos, con cargo a la cual y previa disposición por su titular de diversas cantidades mediante los talones números 415.581 y al 415.602, fue cancelado el préstamo anterior el 4 de julio siguiente, número 9.300 de 27 de diciembre de 1965 (considerando primero del Juzgado, aceptado por la Audiencia), por lo que no cabe estimar que sólo se entregó al prestatario por virtud de la póliza número 10.950 la suma de seis millones ciento sesenta y tres mil quinientas setenta y cinco pesetas como pretende el recurrente.

Considerando que es innecesario el examen del motivo séptimo relativo a la doctrina de los actos propios, por no darse la casación contra los considerandos que se expongan a mayor abundamiento por el Tribunal *a quo*, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

COMENTARIO.—Estimamos que el interés de esta sentencia se encuentra en el estudio o exposición de las cuatro clases de causas que se hace en el segundo considerando, a saber: «eficiente», «material», «formal» y «final», conceptos que no son nuevos en la Jurisprudencia, pues ya se encuentran en las sentencias de 13-mayo-63 y 20-enero-65.

Es sabido que el concepto de la causa en los contratos, de contenido filosófico, es uno de los más debatidos en nuestra doctrina.

PUG BRUTAU.—*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, pág. 162—se refiere al vuelco histórico experimentado por el concepto de la causa. Originariamente, dice, existió en un régimen jurídico que no reconocía la libertad de contratación y que, por ello, servía para determinar en qué casos concretos un acuerdo o convención debía ser considerado como un contrato eficaz; ahora, en cambio, se trata de la función que desempeña en un régimen de libertad de contratación para determinar en qué casos los contratos pueden ser ineficaces, a pesar de que todos son, en principio o por regla general, vinculantes. La utilidad que el concepto de causa rinde en Derecho moderno, añade, se funda en que permite juzgar de la validez de los contratos por razón de su contenido. En la tarea incesante del Derecho, que trata de obtener soluciones prácticas por un lado y de mantener un sistema de ideas por el otro, como si las primeras resultasen precisamente de las segundas, el concepto de la causa desempeña el papel de permitir disfrazar consideraciones de política jurídica y conveniencia social con la invocación de conceptos abstractos. La distinción entre causa impulsiva y causa final encubre un recurso del arbitrio judicial para tener en cuenta los motivos que pueden determinar la nulidad de un contrato, por su significado antisocial. Toda referencia a la causa ilícita supone, asimismo, un recurso a los móviles que han inducido a con-

tratar, en contraposición a los elementos que puedan aparecer como la causa objetiva del contrato o uniforme para todos los de cierta clase. La referencia a la causa falsa o a la ausencia de causa está más relacionada, en cambio, con ese elemento uniforme y objetivo que aparece en los contratos que pertenecen a un grupo determinado. El concepto de causa sigue actuando de manera eficaz y útil gracias a su efectiva diversidad por debajo de su aparente unidad.

Esa diversidad es la que viene reconociendo la Jurisprudencia.

B. M. B.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Pide el actor la resolución de contrato de arrendamiento de un local de negocio ocupado por una oficina estatal. El arrendatario se opone por estimar que no se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 47 de la L. A. U. El Juzgado estima la resolución. La Audiencia lo confirma. El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina:

Doctrina legal.—El hecho de que la actora sea nuda propietaria no impide el ejercicio de la acción, por ser ésta una cuestión nueva que no se alegó en período expositivo, ni se debatió en el pleito; y además porque la usufructuaria, que según el recurrente debió ejercitar la acción conjuntamente, no lo es total sino parcial.

No procede el derecho de tanteo por parte del inquilino porque el propósito de los comuneros no fue privar de dicho derecho al inquilino, sino dar efectividad a la donación conjunta de los padres respecto a la finca que dividían y, por tanto, la donación y la división son dos actos enlazados, habiéndose practicado la división para la efectividad de la donación y, por tanto, no encuadra en este supuesto el artículo 48 de la L. A. U. La donación hay que considerarla como excepción a la efectividad del tanteo y retracto, junto con la herencia y el legado, cuando, como en el caso presente, tiene carácter de anticipo de herencia y se hizo con reserva de usufructo.

EFFECTIVIDAD DEL DERECHO DE RETORNO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Existe un arrendamiento de un sótano y un semisótano para local de negocios en los que el arrendatario tiene una vivienda. La propietaria pide las llaves para efectuar la reedificación de la finca con el correspondiente derecho de retorno, pero al tiempo de hacerse éste efectivo se opone al retorno en parte del local por estimar que no se le entregaron las llaves a tiempo. El Juez no entra en el fondo y desestima. La Audiencia señala la efectividad del derecho de retorno. El Tribunal Supremo señala lo siguiente:

Doctrina.—La sustanciación de los litigios sobre el derecho de retorno debe ajustarse a la L. A. U. en el artículo 126 por tratarse de una relación arrendaticia urbana y fundarse en un derecho reconocido por la misma.

Admitiendo la existencia de un solo arrendamiento de local de negocio con vivienda según fijó el Tribunal *a quo*, y no de dos contratos como pretende la recurrente, y estando corroborado ello por la existencia de un solo precio. Siendo uno solo el contrato, y debiendo regularse por la L. A. U. y no por el C. c., no hay vulneración de los artículos 1 y 4 de la citada ley, que son los citados en el recurso.

EJECUCION DE OBRAS Y OTROS EXTREMOS (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Se reclama por los arrendatarios la reparación del edificio en que viven. A ello se oponen los propietarios sucesivos del inmueble. El Juez desestima, la Audiencia confirma. El Tribunal Supremo desestima en base a los siguientes motivos:

Doctrina.—El estado del edificio es de tal manera deficiente, que constituye un peligro para la vida humana; pero el presupuesto de las obras necesarias para la consolidación del edificio representa aproximadamente un 184 por 100 del valor del edificio. En consecuencia, no hay violación del artículo 1.554, 2.º, del Código civil ni del 107 de la L. A. U., pues es doctrina legal que la obligación establecida en los citados preceptos de reparar el propietario la cosa arrendada para conservarla en estado de servir al uso que se destina no puede tener otro alcance que el expresado en el precepto, es decir, realizar las operaciones necesarias durante el arrendamiento, pero no reconstruir o reedificar, pues éstas son de mayor importancia y no se pueden confundir con los simples reparos, y no existe razón para agravar la disposición del artículo 1.554, 2.º, del Código civil y la del artículo 108, 2.º, de la L. A. U., que establece la equiparación a la destrucción de la cosa arrendada cuando para la reconstrucción se hagan obras que su coste exceda del 50 por 100 del valor del inmueble.

Esto es lo que se deduce del caso presente, según se desprende de la apreciación del Juez y del dictamen pericial, y no es lícito, procesalmente hablando, combatir estas pruebas con el contenido de resoluciones traídas a autos como prueba documental obrantes en procedimientos administrativos no vinculados al presente proceso y que fueron examinados por la Sala de instancia.

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—El propietario de un local reclama la resolución del arrendamiento por haberse producido el traspaso sin los requisitos legales. El arrendatario se opone por entender que no ha habido traspaso en sentido propio, sino una intención de traspasar manifestada en documento privado. El Juez desestima la demanda, la Audiencia confirma y el Tribunal Supremo desestima en base a lo siguiente:

Doctrina.—La fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, derivada de la valoración conjunta de la prueba, no admite la realización del traspaso, sino de actos preparatorios del mismo reflejados en documentos privados, teniendo con posterioridad a los mismos la posesión del arrendatario del local arrendado. Por ello no se puede apreciar la violación de los artículos 1.218, 1.225, 1.254 y 1.278 del Código civil y el 114, en relación con el 32, de la L. A. U., ni la interpretación errónea de los artículos 1.261, 1.281 y 1.282 del Código civil, determinantes del recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO. EJERCICIO DE LA ACCION POR COMUNIDAD DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—La Comunidad de Propietarios de un edificio reclama la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocios destinado a taller de reparación de automóviles por existir ruidos excesivos, conforme a las ordenanzas municipales. El Juez estima la demanda, la Audiencia la confirma. El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia en base a lo siguiente:

Doctrina.—El apercibimiento, a que se refiere el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, no es requisito previo que afecte a la legitimación activa e impida a la Junta de Propietarios el ejercicio de la acción, ni tampoco es un requisito que le afecte, pues no se refiere a la relación entre la Junta de Propietarios y el objeto del litigio, y, además, el mencionado artículo sólo subordina el ejercicio de la acción a que el dueño del local no lo hiciere en el plazo prudencial que se le señalare en el requerimiento fehaciente, sin condicionarlo a un previo apercibimiento, y es lógico que accionando la Junta de Propietarios en sustitución del dueño, no se le exija a aquélla más requisitos que a éste.

Por otro lado, el artículo 136 de la L. A. U. no autoriza a mostrar la ineficacia probatoria de los medios que sirvieron al juzgador de instancia, sino a acreditar por otros medios distintos que sufrió equivocación evidente al fijar los hechos probados, y estos medios, invocados por el recurrente, no demuestran este error sufrido por el juzgador del modo manifiesto imperativamente exigido por la L. A. U.

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Existe el arrendamiento de un local de negocio a una Sociedad Anónima para el ejercicio de sus actividades y para que abriera sus despachos al público; con el transcurso del tiempo este local es cerrado por el arrendatario, y el arrendador reclama la resolución del contrato. El Juez estima la demanda, la Audiencia confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto en base a lo siguiente:

Doctrina.—El recurso de injusticia notoria, por su carácter extraordinario, exige que se formule con claridad y precisión, según se deduce del artículo 136 de la L. A. U.

La circunstancia de no estar el local abierto al público en la forma usual a la clase de negocios que se desarrollan en el mismo infringe lo dispuesto en el artículo 72, 3.º, de la L. A. U. Por ello, del hecho de no estar abierto, no es ilógico deducir su cierre, cuya realidad es compatible con que se desarrolle en el local una actividad de un modo esporádico y circunstancial. No es lo mismo la desocupación que el cierre, y éste existe para los locales abiertos al público cuando este servicio se interrumpe. El no uso es equiparable al cierre, sin admitirse ficciones encaminadas a una apariencia de actividad. A la realidad del cierre no obsta que el local se utilice de forma anormal en relación a como se venía utilizando.

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—El actor pide la resolución del arrendamiento de un local por haber permanecido cerrado durante más de seis meses y haberse realizado

en el mismo obras sin consentimiento del arrendador, violándose lo estipulado contractualmente. A todo ello se opone el demandado.

El Juez de instancia desestima la demanda, la Audiencia la confirma y el Tribunal Supremo desestima el recurso sentando lo siguiente:

Doctrina.—No habiéndose probado por el actor el cierre del local por el plazo indicado, no procede apreciar esta causa.

La interpretación dada por el juzgador de instancia de que las obras realizadas (conversión de una puerta en un escaparate) no es causa de resolución es correcta, pues no está incluida en el artículo 114, 7.º de la L. A. U., por no implicar obras de albañilería que afecten a la configuración del local.

EJECUCION DE OBRAS DE REPARACION (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—El arrendatario de un local solicita del propietario la realización de unas obras para poder seguir la actividad desempeñada. El propietario se opone alegando que los daños se han producido por actos del arrendatario y solicita la resolución del contrato.

El Juez estima la demanda, la Audiencia la confirma y el Tribunal Supremo la revoca sentando lo siguiente:

Doctrina.—El Juzgado de instancia incide en error, pues según resulta de la prueba practicada, la arrendataria realizó unas obras en el local sin consentimiento del propietario, violando el artículo 114, 7.º, de la L. A. U., lo que determina la admisión del recurso, no pudiéndose apreciar la petición de la actora de la realización de unas obras por el propietario porque resuelto el contrato de arrendamiento, la arrendadora recupera la posesión y el uso del local, sin que se hayan justificado suficientemente la existencia de daños y perjuicios.

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—El actor solicita la resolución de un arrendamiento de local de negocios por estimar que el arrendatario realizó obras, violando el artículo 114, 7.º, de la L. A. U. A ello se opone el arrendatario por estimar que se le concedió autorización tácita. El Juez desestima la demanda, la Audiencia revoca la sentencia y ordena la resolución. El Tribunal Supremo sienta lo siguiente al desestimar el recurso:

Doctrina.—La afirmación por parte de la Audiencia de que no hubo autorización por parte del arrendador es perfectamente correcta, y el error de hecho, que se alega fundado en un documento que la contradice, no puede prosperar porque se citan como tales los considerandos de la propia sentencia impugnada y el contrato que liga a las partes, y ninguno de ellos es apto para cumplir la finalidad que pretende el recurrente.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha diferenciado perfectamente entre «conocimiento» y «consentimiento» de la propiedad en lo referente a la autorización, afirmando que no basta con partir de que la propiedad tuvo conocimiento de la obra durante su ejecución para deducir el consentimiento tácito, cuando terminadas aquéllas reclama la resolución del contrato, con apoyo del artículo 114, 7.º, de la L. A. U.

A la vista de lo expuesto, no puede estimarse que ha habido violación del artículo 1.253 del Código civil porque el hecho que «cuando más», según la expresión de la instancia, se da por probado es la «presencia del arren-

dador durante las obras» que realizaba el arrendatario, no dando por probada la manifestación, que se dice expresada ante testigos, que no ante el arrendatario, de que las obras «estaban bien», y de ello deduce con lógica, que esta Sala suscribe, que aunque pueda darse el conocimiento, no se puede inducir el consentimiento.

J. S. V.

SUBARRIENDO INCONSENTIDO: EL ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL DEL OCUPANTE DEL LOCAL NO SIGNIFICA LA INEXISTENCIA DEL SUBARRIENDO (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1974).

Arrendado un local para bar, la arrendataria subarrendó éste, contra lo prevenido en el contrato, aunque para ocultar el subarriendo se dio de alta en la Seguridad Social al subarrendatario, por lo que se solicita la resolución del arrendamiento. El Juzgado número 2 de Badajoz admitió la demanda y la Audiencia de Cáceres confirmó la sentencia anterior.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, no es admitido por el Tribunal Supremo, ya que no se demuestra el error en la apreciación de la prueba por la Sala de instancia, que declaró probado que la relación laboral era simulada con el fin de ocultar un supuesto típico de subarriendo, ya que es doctrina reiterada que los documentos básicos del error han de evidenciarlo sin necesidad de interpretaciones, sino que ha de deducirse de la simple lectura de ellos.

RESOLUCION DE SUBARRIENDO: LA RENUNCIA DE DERECHOS TIENE COMO LIMITE EL PERJUICIO DE TERCERO, PERO NO LA CONVENIENCIA O UTILIDAD DE ESTE CUANDO AQUELLA RENUNCIA NO ES ILICITA (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1974).

Se arrendó un local en 1931 para cocheras y naves para industria, y se notificó a los dueños del mismo, en 1971, que se daba por resuelto el contrato de arrendamiento citado y que se notificaría a los subarrendatarios esta resolución, sin que éstos, en acto de conciliación, se avinieran a la misma, por lo que se les demanda para que den por resuelto el subarriendo.

El Juzgado número 21 de Madrid y la Audiencia declararon resueltos los contratos de subarriendo. No prospera el recurso de injusticia, porque la sentencia recurrida no viola el artículo 4 del Código civil, en relación con el artículo 9 de la L. A. U. Al establecer aquél el límite del perjuicio de tercero, no se refiere a la utilidad o conveniencia del particular que pueda resultar perjudicado por un acto lícito que otro realice, y la resolución del contrato de arrendamiento ni es ilícita ni se opone a la ley. Tampoco existe abuso de derecho, ya que arrendadores y arrendatario se limitaron a actuar con normalidad un derecho que les atribuye la ley arrendaticia. En el término «resolución» del artículo 117 de la L. A. U. se comprende el caso de extinción del arriendo por iniciativa o voluntad del arrendatario, como la Sala ha tenido ocasión de establecer reiteradamente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE HA PROBADO LA REALIZACION DE LAS OBRAS QUE OCASIONARIA TAL RESOLUCION (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1974).

El local, arrendado a un individuo, pasó después a ser ocupado por una Sociedad Limitada, que se subrogó en el arrendamiento. Dicha Sociedad estaba integrada por la propietaria del local, el arrendatario y la esposa

de éste. Vendidas las participaciones del primitivo arrendatario y de su esposa, quedó como única arrendataria la Sociedad. Realizadas obras que alteran la configuración del local, se demanda a esta Entidad para la resolución del contrato. El Juzgado número 2 de Mataró desestimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó la sentencia anterior.

El recurso no es admitido por el Tribunal Supremo. No se ha probado de manera manifiesta que el arrendatario realizase obras de ampliación de un hueco y apertura de un agujero, no siendo lícito desarticular el conjunto de pruebas tenidas en cuenta por la Sala de instancia para admitir sólo una, como es la pericial, llegando así a un resultado opuesto al de la sentencia recurrida. Ha quedado incólume la conclusión del Juez de que no se han probado las obras a que se concreta el recurso, por lo que no existe violación del artículo 114 de la L. A. U. ni es necesario entrar en el examen de si medió o no consentimiento del arrendador para estas pretendidas obras.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE HA PROBADO LA EXISTENCIA DE AUTORIZACION EXPRESA DEL PROPIETARIO PARA LA REALIZACION DE OBRAS (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1974).

Habían sido arrendados dos locales diferentes a una misma persona por distintos contratos, y el arrendatario los comunica mediante un hueco abierto en la pared sin autorización del propietario, por lo que se solicita la resolución del arrendamiento. El Juzgado de Melilla desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial de Granada revocó la sentencia declarando resuelto el contrato.

Se rechaza el recurso de injusticia notoria, entre otras razones de índole procesal, porque aceptado por la sentencia recurrida la existencia del segundo contrato y alegado por el demandado que se le autorizó para la realización de obras, la prueba de tal consentimiento pesaba sobre el arrendatario, que ninguna ha hecho relativa a tal extremo, por lo que se impone aceptar el criterio de la sentencia recurrida, sin que sea posible imponer la presunción de que las obras se hicieron para comunicar los dos locales, ya que había prohibición de realizar obras y debe probarse la autorización para las mismas.

REPARACIONES NECESARIAS: EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO PARA DECLARACION DE RUINA PRODUCE LA EXCEPCION DE LITIS PENDENCIA EN UN JUICIO ARRENDATICIO PARA PEDIR LA EJECUCION DE TALES REPARACIONES (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1974).

Una Entidad bancaria, arrendataria de un local, solicitó del propietario que se realicen las reparaciones necesarias sin que éste las hiciera, por lo que le demanda, oponiéndose aquél y formulando reconvencción. El Juzgado de Lucena estimó, en parte, la demanda, admitiendo la obligación de ejecutar las obras de reparación necesarias, condenándole también a indemnizar a la parte contraria en los perjuicios sufridos por el traslado de la oficina a otro sitio y cuya cuantía se determinaría en ejecución de sentencia. La Audiencia revocó la sentencia, estimando la excepción de litis pendencia, sobre incoación de expediente administrativo para declaración de ruina, que opuso el demandado, y sin resolver sobre el fondo del asunto.

No prospera el recurso de injusticia, porque para la declaración de ruina se necesita expediente contradictorio ante la autoridad municipal, y dicha

declaración administrativa integra el presupuesto, inexcusable para el éxito de la acción resolutoria ante el Juez competente, por lo que la sustanciación del expediente puede dar lugar a la excepción dilatoria de litis pendencia del artículo 533 de la L. E. C. en el juicio posterior, en el que para enervar los efectos de aquella declaración se pretende la condena del propietario a realizar obras de reparación en el local arrendado, pues de otra forma se podrían dar decisiones contradictorias, de imposible ejecución simultánea, con el consiguiente desprestigio de la Administración de Justicia.

RETORNO ARRENDATICIO: LA FIJACION DE LA FECHA DE DEMOLICION DEL EDIFICIO PARA MAS DE UN AÑO DESPUES DEL PREVISO CONCEDE UNA PRORROGA DEL PLAZO FIJADO POR LA LEY ARRENDATICA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1974).

Habiéndose negado los propietarios de unos locales a suscribir notarialmente el documento en el que se reconociera el derecho de retorno arrendaticio al inquilino, éste demanda a aquéllos para que se le conceda tal derecho. Se oponen los demandados alegando que el desalojo no se efectuó en el plazo de un año que establece la ley. El Juzgado número 2 de Orense admitió las razones de la demanda y lo mismo hizo la Audiencia Territorial de La Coruña.

No triunfó el recurso de injusticia notoria. La cuestión fundamental es si se dan los requisitos exigidos por esta Sala para la prórroga del plazo de desalojo. Sentencias de 1970 y de 1971 exigen que esta prórroga se conceda, expresa o tácitamente. Los recurrentes alegan que no existió esa prórroga, siendo así que al fijar los arrendadores el inicio de las obras de demolición en una fecha posterior al año, a partir de la notificación prevista en el artículo 78 de la L. A. U., vinieron a conceder al arrendatario esa prórroga tácita, interpretación hecha por el Juez de instancia, sin que se haya demostrado que la misma sea incorrecta o arbitraria. Como antes del desalojo el arrendatario manifestó su pretensión de retorno, se cumple lo dispuesto por el artículo 81 de la L. A. U., contra lo pretendido por los recurrentes.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE PRODUCE CUANDO LAS OBRAS NO ALTERAN LA CONFIGURACION DEL INMUEBLE (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1974).

En el contrato se autorizaba a la Entidad arrendataria a realizar las obras que tenga por conveniente para dejar el local debidamente acondicionado para el fin a que va a ser destinado, siempre que no perjudique a la seguridad del edificio. Recabada autorización del propietario para determinadas obras, la niega por entender que no estaban dentro de tal cláusula, por ser de mejora y no de consolidación ni de primer establecimiento, por lo que efectuadas aquéllas se demanda la resolución del arrendamiento. Contesta la demandada alegando, además de tener la autorización del arrendador, la excepción de cosa juzgada. El Juzgado número 4 de Valladolid desestimó la demanda, pero la Audiencia dictó sentencia revocando la anterior.

El recurso de injusticia notoria prosperó, porque se necesita para que la realización de obras provoquen la resolución del arrendamiento que se lleven a cabo sin consentimiento y que debiliten la resistencia de los materiales o modifiquen la configuración del local, concepto este último que

al no estar definido legalmente requiere para fijarlo atender a las circunstancias que concurren en cada caso concreto, no siendo de apreciar cuando las obras ejecutadas se limitan a cambiar el revestimiento de la fachada y escaparates del establecimiento sin alterar sus dimensiones, según reiterada jurisprudencia, y como de los hechos que se declaran probados no se deduce que fueran las obras diferentes a lo que se acaba de exponer, es indudable que, unido al consentimiento que se desprende de la cláusula 8.ª del contrato de arrendamiento, son de estimar los motivos alegados por el recurrente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: SE ENTIENDE POR EDIFICACION PROVISIONAL, A LOS EFECTOS DEL ARTICULO 91 DE LA L. A. U., LA QUE RESULTA INADECUADA AL LUGAR EN QUE SE HALLA SITUADA EN RELACION CON LA ORDENACION URBANA DE LA CIUDAD (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1974).

Deseando la propietaria de un local, arrendado para calderería, construir un edificio normal con el aprovechamiento máximo permitido por las Ordenanzas Municipales, denegó la prórroga al demandado alegando que la edificación actual es provisional e inadecuada al lugar en que radica. Negándose el arrendatario a desalojar la finca, se le demanda solicitando la resolución del contrato de arrendamiento. El Juzgado de Guernica desestimó la demanda, pero no lo hizo así la Audiencia de Burgos en la apelación.

No se admite el recurso por el Tribunal Supremo, por cuanto el local era efectivamente provisional, y la alegación del recurrente de que el solar resultante del derribo del pabellón no sería edificable queda desvirtuada por la prueba pericial y documental aportada. La doctrina de este Tribunal sobre provisionalidad en las edificaciones es que la enumeración del artículo 91 de la L. A. U. es enunciativa y pueden calificarse así otras edificaciones, como las inadecuadas al lugar en que radican en relación con las ordenaciones urbanas. Como en este caso la sentencia recurrida ha tenido en cuenta las circunstancias de altura, volumen edificable, diferencia de valores de la nueva construcción y situación de la misma entre otras de tres y seis plantas, afirmación que no ha sido combatida por el recurrente; procede la desestimación del recurso.

RETRACTO ARRENDATICIO: EL DERECHO PREFERENTE AL DEL ARRENDATARIO ES EL DEL CONDUEÑO DEL LOCAL Y NO EL DEL EDIFICIO EN SU TOTALIDAD (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1974).

Habiendo sido dividida horizontalmente una casa entre los diversos dueños, se ejercita el retracto por el inquilino de uno de los pisos, al que el adjudicatario había requerido denegando la prórroga del arrendamiento. El Juzgado número 1 de La Coruña estimó la demanda, confirmando la sentencia íntegramente la Audiencia Territorial.

También desestima el correspondiente recurso el Tribunal Supremo, puesto que al no haber atacado las declaraciones de las sentencias de instancia de una forma eficaz, se impone estimar, al tratarse de retracto de finca determinada y exclusiva, como aquí ocurre, que no hay más partes que el que adquiere y el retrayente, no pudiendo tener en cuenta la alegada división horizontal, que dejó la propiedad de los condóminos en la situación anterior, manteniendo cuotas indivisas en todos los pisos. Tampoco puede admitirse que el derecho del demandado, como condueño,

sea preferente al del arrendatario, puesto que el derecho preferente del condómino se refiere al que lo es de la vivienda transmitida, por lo que no lo tiene el condueño del edificio en su totalidad.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA AUTORIZACION PARA REALIZAR OBRAS NO AMPARA A LAS QUE SE EFECTUAN CON NOTORIO EXCESO Y PELIGRO PARA EL EDIFICIO (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1974).

Prevista en el contrato la realización de obras por el arrendatario de un local para adaptarlo a las necesidades del negocio a que se destina y garantizando la seguridad de la finca en cuanto a su construcción y estructura, debiendo intervenir un técnico, recibe el arrendador notificación de que en la misma fecha comienza el arrendatario las obras necesarias para la mejora del edificio, cuando en realidad no lo eran sino para mejor acomodo del locatario, por lo que se le requirió notarialmente para que paralizara las obras, y no habiéndolo hecho así, se le demanda para la resolución del contrato. El Juzgado número 1 de León estimó la demanda, lo que también realizó la Audiencia de Valladolid.

No triunfó el recurso, ya que las cláusulas contenidas en los contratos vinculan a las partes en lo que se refiere a la autorización otorgada al arrendatario para realizar obras, siendo la función interpretativa atribución de los Tribunales de instancia, que ha de respetarse en tanto no resulte desorbitada o errónea, lo que no sucede en este caso si se compara con lógica el contenido de la autorización contractual con la realidad de las obras efectuadas, que exceden manifiestamente de lo autorizado, como acertadamente sostiene la sentencia recurrida.

OBRAS INCONSENTIDAS: LA DESTRUCCION DE UNA ESCALERA DE MADERA SIN ADHERENCIA A LA OBRA DE FABRICA DEL INMUEBLE NO DA LUGAR A LA RESOLUCION DE LA CAUSA 7.ª DEL ARTICULO 114 DE LA L. A. U. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1974).

La propietaria de un local constató que las obras realizadas por el arrendatario eran muy distintas a las comprendidas en la autorización contractual y son de las que modifican la estructura del mismo, por lo que solicita la resolución del contrato. El Juzgado número 2 de San Sebastián admitió la demanda, pero la Audiencia de Pamplona revocó aquella sentencia.

Se rechaza el recurso de injusticia porque para que se dé la causa 7.ª del artículo 114 de la L. A. U. es necesario que las obras modifiquen la configuración del piso o que debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados, a cuyo efecto ha de entenderse por local la parte del inmueble determinada en el contrato y todo lo que esté unido al mismo de manera que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia ni deterioro del objeto (según el art. 334 del Código civil). Por ello toda pieza que pueda sustituirse por otra sin necesidad de obras de albañilería y sin quebranto de la construcción tendrá el carácter de mueble, que es como hay que considerar a la escalera que ha motivado el litigio, ya que era de madera, sin adherencia a la obra de fábrica, y, por tanto, la destrucción de la misma no afecta al inmueble ni puede servir de base a la acción ejercitada, por lo que procede la desestimación del recurso.

DENEGACION DE PRORROGA: NO EXISTE MOTIVO PARA LA DENEGACION CUANDO EL CIERRE POR MAS DE SEIS MESES SE DEBE A UN REQUERIMIENTO DE LA DELEGACION DE TRABAJO PARA QUE NO SE REALICE NINGUNA ACTIVIDAD EN EL LOCAL (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1974).

Permaneciendo cerrado el local por más de seis meses, se demanda a la Entidad arrendataria para que desaloje el mismo. Se opone ésta alegando que la reducción, y no cese, de las actividades se debe al expediente de ruina incoado por el demandante, que impide el uso normal del local. Desestimada la demanda por el Juzgado número 7 de Sevilla, la Audiencia confirmó esta sentencia.

Tampoco prosperó el recurso, ya que la providencia para mejor proveer se configura por la jurisprudencia como una facultad del Tribunal, no susceptible de recurso por las partes, que goza de idéntico efecto probatorio que las pruebas propuestas por aquéllas, con sometimiento a la misma apreciación discrecional que rige respecto de tales pruebas. Las actas notariales que se acompañan a la demanda lo único que evidencian es el estado de semicierre y abandono del local, lo cual no se discute por el demandado, ya que la casa estaba sometida a expediente de ruina y la Delegación Provincial de Trabajo ofició a la empresa arrendataria en 1969 para que se abstuviese de realizar trabajos en los talleres, por entrañar un riesgo para los trabajadores el estado del inmueble. Por tanto, no existe la causa 3.ª del artículo 62 de la L. A. U. para denegar la prórroga del arrendamiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE REFIEREN LOS DOCUMENTOS APORTADOS A LAS OBRAS EN QUE SE FUNDA LA RESOLUCION, SINO A OTRAS EFECTUADAS ANTERIORMENTE (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1974).

Se habían realizado ciertas obras autorizadas por el arrendador y posteriormente se efectúan otras para las que no se dio consentimiento, por lo que se demanda la resolución del contrato por obras in consentidas y, además, por traspaso o subarriendo ilegal del local. El Juzgado número 17 de Madrid estimó la demanda y mantuvo esta sentencia la Audiencia Territorial.

No triunfa el recurso ante el Tribunal Supremo porque los documentos que se citan: cartas de 1970, se refieren a obras autorizadas anteriores a las por que se ha entablado la acción y fueron apreciadas por la sentencia, que las tuvo en cuenta, sin que contradigan nada los hechos de la misma, que se refieren a obras realizadas en agosto de 1972 y que la Sala estimó probadas por el resultado conjunto de las practicadas. Igual ocurre con la cesión o traspaso, en que el recurrente hace apreciaciones y deducciones de los elementos probatorios para discrepar del criterio del Tribunal. Por tanto, no es de apreciar la inexistencia de las causas 2.ª, 5.ª y 7.ª del artículo 114 de la L. A. U., como pretende el recurrente.

C. R. R.

V. SUCESIONES

LEGADO DE RESIDUO DE EO QUOD SUPERERIT. Artículos 774 y 781 del Código civil (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1975).

Los artículos 774 y 781 del Código civil no son aplicables al legado de residuo.

Don D. M. G. falleció sin dejar legitimarios, en estado de viudo, bajo testamento en el que tras instituir heredera a su esposa, que le premurió, se contiene la siguiente cláusula, sobre cuyo alcance e interpretación gira el presente pleito: «Si quedaran bienes de esta herencia que su citada esposa no hubiera dispuesto de ellos, pasarán éstos a su sobrina política F. O. G.—demandada, apelante y recurrente—, y en defecto de ésta y en su lugar a sus hijos y descendientes.» Fallecida, como se ha dicho, la esposa del testador antes que éste, y no habiendo sido modificado ni dejado sin efecto el testamento por otro alguno posterior, la fideicomisaria otorgó escritura de adjudicación de herencia en pago de su fideicomiso de residuo y posteriormente dispuso de alguna de las fincas, que vendió en escritura pública, inscribiéndolas el comprador a su favor en el Registro de la Propiedad. Los hermanos del testador demandan a la fideicomisaria de residuo y pretenden se les declare herederos, por iguales partes, de su fallecido hermano D. M. G., toda vez que habiendo premuerto a éste su esposa, heredera fiduciaria, la fideicomisaria de residuo, dado el carácter condicionado de su llamamiento, no llegó a adquirir derecho alguno.

El Juzgado de Primera Instancia de Tarancón declaró que la cláusula testamentaria transcrita configura un legado de residuo o de *eo quod supererit* y que por el carácter doblemente condicionado de su llamamiento y por haber fallecido la esposa del testador, única instituida heredera, antes que éste, no adquirió la fideicomisaria derecho alguno en la herencia de dicho causante por razón de tal legado. Y declaró nulas la escritura de aceptación de herencia y las de compraventa.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete estimó parcialmente el recurso de la demandada en cuanto a la disposición concreta de algunas fincas por ella realizadas en escritura pública, y en lo demás confirmó la sentencia del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal por la demandada y apelante, citando las sentencias de 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947 y principalmente la de 3 de junio de 1947, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al mismo conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que el primer motivo, en que por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 se aduce violación del artículo 774, en relación con el 675, ambos del Código civil, no puede prosperar, puesto que parte de la premisa equivocada de pretender aplicar a un simple legado de residuo (como tal es calificado por la Sala *a quo*) las disposiciones referentes a la sustitución vulgar, cuando además el propio recurrente estima que la cláusula cuarta del testamento establece una sustitución fideicomisaria.

Considerando que la misma suerte desestimatoria lleva aparejada el motivo segundo, en que se denuncia, por el mismo cauce del anterior, la aplicación indebida de las sentencias de esta Sala de 13 de febrero de 1943 y 28 de junio de 1947, porque ambas sentencias contemplan la institución de legado de residuo o *eo quod supererit*, interpretando la misma y esta-

bleciendo la interpretación correcta de las disposiciones legales a la misma institución referentes, sin que, por tanto, resulten, como establece el recurrente, incompatibles con los artículos 774 y 781 del Código civil, inaplicables a tal disposición testamentaria.

Considerando que igualmente han de ser desestimados los motivos tercero y cuarto, en los que, respectivamente, se denuncia la violación del artículo 781 del Código civil y la de la doctrina legal contenida en una única sentencia de esta Sala, que cita en el motivo; en cuanto al primero, porque, como ya se indica en el anterior artículo 781 del Código civil, no es aplicable a la institución del legado de residuo, y en cuanto al segundo porque al no constituir una sola sentencia doctrina legal, no puede fundamentarse en ella el motivo.

COMENTARIO.—En esta sentencia se implican dos cuestiones principalmente: una, la de la supuesta condicionalidad del fideicomiso *si supererit*, en ambas de sus modalidades, *de eo quod supererit* y *si aliquid supererit*, que parece ya consolidada en la jurisprudencia, como hemos tenido ocasión de comentar en sentencias anteriores, y otra, la de si toda sustitución fideicomisaria, de la que la de residuo es una manifestación, envuelve la vulgar siempre que ello pueda deducirse, naturalmente, de la voluntad del testador. Si el Derecho es para la vida, como reiteradamente hemos escuchado de un admirado maestro y compañero, parece que en lo posible hemos de huir de preconcebidas soluciones dogmáticas. Y con mayor motivo cuando, como sucede en nuestro Derecho positivo, contamos con la inestimable ayuda del artículo 675 del Código civil y la reiteradísima declaración jurisprudencial de que «la voluntad del testador es la suprema ley testamentaria, dejando a salvo los preceptos legales imperativos», los cuales, por otra parte, en cuanto normas que coartan la libre voluntad y, en cierto modo, prohibitivas, deben ser interpretados restrictivamente. No existiendo ninguna norma que expresamente prohíba entender que la sustitución fideicomisaria puede envolver la vulgar, cuando ello se pueda deducir de la expresada voluntad del testador, parece que en casos como el presente pudiera muy bien inducirse de la propia redacción de la cláusula testamentaria. Hemos de fijarnos para ello en que en ésta se sustituye a la fideicomisaria por sus descendientes y en que esta sustitución—incluso prescindiendo de anejas resonancias, como las presunciones o conjeturas de FUSARIO o cualquiera otro—es ya un síntoma de que la voluntad del testador es favorable a la sustitución vulgar. ¿Por qué va a entenderse que ésta es sólo la expresamente ordenada? Para ella no son precisas reglas interpretativas. ¿Acaso no puede tener trascendencia en materia de plasmación de la voluntad testamentaria el *minus dixit quam voluit*? Si yo, testador, he sustituido a una persona por sus descendientes, ¿acaso no he expresado con ello mi voluntad de que esa persona y sus descendientes me sucedan con preferencia a las demás personas no nombradas por mí en el testamento? Preguntas son éstas a las que puede corresponder una jurisprudencia integradora, que huya de la fácil reiteración del precedente. Cada caso puede ser distinto, aunque las instituciones a contemplar sean absolutamente idénticas. Y no debe olvidarse que la labor constructiva es la que proporciona a ésta su mayor gloria, conforme al axioma «la letra mata, el espíritu vivifica».

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

LA JUNTA UNIVERSAL DE ACCIONISTAS HACE INNECESARIOS LOS REQUISITOS DE CONVOCATORIA. REPRESENTACION. OPOSICION A LA JUNTA (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1975).

Si bien las Juntas Generales de Accionistas de las Sociedades sometidas al régimen jurídico de la Ley de 17 de julio de 1951, tanto sean ordinarias como extraordinarias (sentencias de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964 y resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de abril de 1970), habrán de convocarse mediante anuncios publicados en el «Boletín Oficial del Estado» y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia donde hayan de celebrarse (art. 53 de la ley), sin cuyo requisito, de carácter necesario e imperativo, carecen de validez y eficacia (sentencia de 15 de octubre de 1961), cosa que no se ha cumplido en el presente caso; no menos exacto es que, según los hechos que se declaran probados, las partes interesadas aceptaron la celebración de la Junta y los titulares de todas las acciones representativas del capital desembolsado concurrieron a ella sin oposición de ninguna clase, por lo que la misma ha de entenderse aprobada por unanimidad, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 55 de la mencionada ley y el criterio sustentado por las sentencias de esta Sala de 27 de octubre de 1964, 3 de febrero de 1966 y 13 de abril de 1973.

Aunque la representación para concurrir a la Junta General de Accionistas de las Sociedades Anónimas deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada una de ellas, según establece el párrafo cuarto del artículo 60 de la misma ley, para que el que se hace representar tenga conocimiento previo de la celebración de aquélla y de los asuntos a tratar, a fin de dar las instrucciones que crea pertinentes a la persona a quien confiera su representación, en relación con el voto a emitir, lo que parece incompatible con las Juntas espontáneas o imprevistas, a que alude el artículo 55 de la ley (sentencia de 8 de mayo de 1962), lo cierto es que, en la hipótesis aquí contemplada, los anuncios se publicaron, aunque sin la antelación requerida por el artículo 53 y que, por consiguiente, aquel señor tuvo noticias fidedignas de la orden del día, pudo hacer uso de su derecho de información y no careció de los elementos de juicio precisos para dar a su apoderado las órdenes que estimó pertinentes respecto a la emisión de su voto, requisitos todos ellos que la sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 1974 y la resolución de los Registros de 11 de febrero de 1970 consideran suficientes a tales fines, y teniendo además en cuenta que la

circunstancia de no firmar el acta no implica oposición a la celebración de la Junta, a que se refiere el citado artículo 55, cosa que además es indispensable, a tenor del artículo 69 de la ley, según expresamente reconocen las sentencias de 30 de enero de 1970, 27 de abril de 1973 y 17 de enero de 1974.

LOS HEREDEROS ABINTESTATO SON LOS REPRESENTANTES DE LA HERENCIA Y PUEDEN ASISTIR A LAS JUNTAS GENERALES DE LA SOCIEDAD COMO ACCIONISTAS (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

La representación de la herencia corresponde sólo a los herederos una vez hecha la pertinente declaración de herederos abintestato (sentencia de 24 de octubre de 1903), pues el artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 limita la posibilidad de asistir a la Junta con pleno derecho de deliberación y voto a los accionistas, en este caso los herederos, o a las personas con las que ellos se hagan representar, sin que sea válida la representación legal de los administradores del abintestato después de la declaración de herederos.

DEBER DE INFORMACION. LOS ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL CON EL RELACIONADOS QUEDAN VICIADOS DE NULIDAD CUANDO NO FUE OBSERVADO (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1975).

El cumplimiento del deber de información es de carácter fundamental y necesario para que los accionistas puedan concurrir a la Junta con los conocimientos precisos para probar o censurar las cuentas que a la vista de los balances y demás documentos contables se hayan formalizado, y su incumplimiento vicia de nulidad los acuerdos aprobatorios de tales cuentas y los de distribución de pérdidas y ganancias, sin que, empero, comporte la nulidad de otros acuerdos que con ellos no guardan relación.

VI. QUIEBRAS Y SUSPENSION DE PAGOS

LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINATIVAS DE LA QUIEBRA ES CUESTION DE HECHO A EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1975).

A tenor de lo establecido en el artículo 886 del Código de Comercio, para los efectos legales se distinguirán tres clases de quiebra, que son las que denomina de insolvencia fortuita, culpable y fraudulenta, determinando el legislador en los artículos siguientes los supuestos concretos de existencia de cada una de ellas y afirmando en el 890, por lo que respecta a la fraudulenta, que es la que ahora interesa, por ser la discutida en el litigio, que se reputará de esta índole «la quiebra de los comerciantes en quienes concurren alguna de las circunstancias» que en el precepto se señalan, concurrencia que es una mera cuestión de hecho, que deberá discernir el juzgador.

DESCUENTO BANCARIO: CONCEPTO Y RETROACCION DE LA QUIEBRA (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1975).

Si bien es cierto, como la sentencia de 28 de mayo de 1960 reconoce, que el precepto del artículo 878 del Código de Comercio venía interpretándose por la jurisprudencia con un criterio rigorista, fue atenuado por la misma en un supuesto concreto de operación de descuento bancario que el Banco había realizado dentro del período de retroacción, pero de buena fe, sin conocimiento de la situación del quebrado, que motivó su posterior declaración de quiebra, y sin que se produjere merma alguna en el patrimonio de aquél, y la posterior de 21 de junio de 1963 sostuvo la doctrina, con cita de la anterior, de que el contrato de descuento, aunque aludido en nuestro ordenamiento legal escrito y autorizado no sólo en letras, sino también en otros valores de comercio, e incluso normado con cierto detalle en la legislación de ordenación bancaria, no es definido, determinada su naturaleza ni señalados sus principales efectos, al contrario de lo que sucede en los ordenamientos extranjeros y en la doctrina de otros países y también de nuestra patria, que han cuidado de perfilarlo con caracteres que le son peculiares recogiendo lo que los usos de comercio le han imprimido, y con arreglo a ellos, ya se repite simple operación económica financiera de naturaleza mercantil o bien se le considere contrato, el descuento es el negocio jurídico por virtud del cual el poseedor de un crédito ordinario o de un título valor los transfiere, por cualquiera de los medios que el Derecho permite, a una persona natural o jurídica, generalmente un Banco, para que le anticipe su importe con ciertas deducciones o descuento, de donde toma su nombre, con independencia del contrato subyacente del que surgieron los efectos descontados, lo que aclara o ratifica la sentencia de esta misma Sala de 14 de junio de 1968, que vino a establecer que las relaciones que ligaban a los Bancos accionantes en aquel juicio con el quebrado eran sendos contratos de cuenta corriente bancaria o impropia, que no producen la novación de las obligaciones dimanantes de los contratos productores de la remisión de las cantidades a cuenta, siendo, por ende, distintas sus consecuencias en relación con las de una cuenta corriente, en sentido estricto, tratándose de operaciones de mediación de pagos, en que los Bancos actúan como mandatarios de sus clientes, citando en apoyo de esta doctrina las sentencias de 30 de enero de 1928, 22 de diciembre de 1941 y 24 de noviembre de 1943, estimando que la misma solución debe ser de aplicación al descuento cambiario, «pues sólo una diferencia de índole formal debida al mecanismo cambiario no es suficiente para desviarla, configurando a los Bancos como partícipes en un negocio en que son simples mediadores, aunque para conseguir expeditivamente esa finalidad recojan las letras, apareciendo a veces como tomadores o endosatarios de ellas para poder enfrentarse con los deudores cambiarios, si bien, conforme a los usos del comercio—y eso tiene una gran importancia—, ya que no existe una regulación positiva específica y completa del descuento, los Bancos no reclamen de aquéllos, sino que se limitan a devolver el efecto a quien lo presentó», concluyendo por afirmar, en base de la anterior doctrina, que el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio no alcanza a los supuestos en cuestión.

S. DE F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA INTERPOSICION DE RECURSOS POR LAS ENTIDADES LOCALES.

I. INTRODUCCIÓN

1. El artículo 121, apartado j), de la Ley de Régimen Local atribuye al Ayuntamiento en Pleno competencia para «el ejercicio de acciones judiciales y administrativas, la defensa en los procedimientos incoados contra el Ayuntamiento y la interposición de recursos».

Y el artículo 122, i), de la misma ley, a la Comisión Municipal Permanente para «el ejercicio de acciones y la adopción de acuerdos para personarse y oponerse en asuntos litigiosos en los que la Corporación sea demandada, y para entablar toda clase de recursos en asuntos civiles, criminales, administrativos y contencioso-administrativos, todo ello en caso de urgencia y dando cuenta al Pleno en su primera reunión para la resolución definitiva».

A su vez, el artículo 370 del mismo Cuerpo legal establece: «Las Corporaciones Locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. El acuerdo correspondiente deberá ir precedido del dictamen de un Letrado.»

2. De los preceptos transcritos se desprende que los órganos competentes deberán decidir, previo dictamen de Letrado, en acuerdo adoptado en la sesión correspondiente con todos los requisitos legales, la «interposición de recursos». Por tanto, para que sea admisible—y pueda pronunciarse sobre el fondo el órgano competente—es requisito previo el acuerdo de interposición, previo el dictamen de Letrado.

3. Si respecto del «ejercicio de acciones» y del ejercicio del llamado «recurso contencioso-administrativo» (cuya interposición da lugar al nacimiento de un proceso) no se han planteado graves problemas interpretativos, sí se han planteado acerca del ámbito y alcance de la exigencia de aquel requisito previo respecto de los recursos administrativos—interpuestos contra un acto administrativo ante un órgano administrativo (1)—y los recursos jurisdiccionales—esto es, interpuestos contra una resolución jurisdiccional ante un órgano jurisdiccional.

4. Un auto reciente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, el auto de 14 de enero de 1976 (de que fue ponente José Gabaldón López), sienta una doctrina que rectifica la adoptada en algunas sentencias de la propia Sala, en congruencia con los principios antiformalistas que informan nuestro Ordenamiento procesal administrativo.

(1) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, Madrid, 1975

Concretamente, el problema que se plantea—y resuelve—no es otro que el de si dictada una resolución por uno de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa—sea un auto o una sentencia—y una Entidad municipal interpone recurso de apelación contra el mismo, es requisito procesal el acuerdo del Ayuntamiento en Pleno o, en su caso, de la Comisión Municipal Permanente, previo dictamen de Letrado.

II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONTRADICTORIA

1. *La doctrina tradicional*

Durante muchos años no surgió el tema en la jurisprudencia. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo admitían los recursos de apelación de los municipios sin plantearse la necesidad del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento o de la Comisión Municipal Permanente precedido de Letrado.

Ha sido en los últimos años cuando se ha planteado el tema, surgiendo una jurisprudencia contradictoria (2).

2. *La exigencia del acuerdo de interposición del recurso de apelación, previo dictamen de Letrado*

Esta doctrina jurisprudencial parte de que los artículos 122, apartado 4.º, y 123, apartado 12, de la Ley de Régimen Local, al referirse a la «interposición de recursos» contemplan el supuesto de recursos jurisdiccionales (3).

(2) Esta falta de unanimidad de la jurisprudencia es lo que quizá explica que mientras algunos autores digan que no hace falta tal acuerdo para apelar, otros afirman justamente lo contrario. Sin duda, porque unos han contemplado solamente las sentencias dictadas en un sentido y otros las dictadas en sentido contrario.

En el primer sentido, por ejemplo, ABELLÁN (en *Tratado práctico de la Administración local española*, tomo II, Madrid, 1972, págs. 302 y ss., y tomo IV, Madrid, 1975, págs. 25 y s.) cita la sentencia de 25 de noviembre de 1965 y afirma que no es preciso el dictamen de Letrado cuando un Ayuntamiento apela, pues los recursos no pueden estimarse una nueva acción.

Sin embargo, HERNÁNDEZ CORCHERO (en *Manual práctico sobre el procedimiento y recursos administrativos y el contencioso-administrativo*, 2ª ed., Pamplona, 1974, pág. 322) dice que la Administración municipal demandada necesita para apelar el dictamen de Letrado.

(3) Así, las SS de 2 de abril de 1975 (*Aranzadi*, núm. 2 391) y 14 de mayo de 1975 (*Aranzadi*, número 3 241).

En la primera de estas sentencias se ofrece el siguiente resumen de la doctrina jurisprudencial: «Considerando que si bien no figura de la referida certificación municipal de una manera clara y explícita que en definitiva se hubiese adoptado tal acuerdo por la citada Corporación, en todo caso lo que sí resulta de forma evidente e inequívoca es que el expresado acuerdo se adoptó con posterioridad no sólo a la fecha en que el Ayuntamiento apeló la sentencia, sino también de cuando dicha apelación fue admitida por el Tribunal de primera instancia, con lo que es obvio fueron vulnerados los preceptos legales contenidos en la Ley texto articulado de régimen local de 24 de junio de 1955, que atribuyen en sus artículos 121, apartado 1º, y 122, apartado 1º, la adopción del mencionado acuerdo al Ayuntamiento Pleno y, en caso de urgencia, a la Comisión Municipal Permanente, dando cuenta al Pleno en su primera reunión para la resolución definitiva, en relación con los a su vez incluidos en el Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, en cuyos artículos 122, apartado 4º, y 123, apartado 12, se reitera idéntica atribución encomendada a tales Organismos locales y a su vez coincidiendo con la doctrina jurisprudencial suscritada al respecto, que reconoce es exigencia procesal previa e indispensable para el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas e interposición de toda clase de recursos como accionante o apelante, según sucede en el presente caso, para la correcta personación en juicio de la Corporación apelante. Considerando que la legislación municipal, en efecto, condiciona la actividad jurisdiccional de las Corporaciones Locales a que vaya precedido del correspondiente acuerdo favorable, el ejercicio de las respectivas acciones y recursos en defensa de sus bienes y derechos, por así desprenderse del contenido de los textos legales antes expuestos, requisito que, por tanto, es exigido preceptivamente como garantía de que antes de interponer tales Corporaciones cualquier reclamación judicial o administrativa, exista una decisión suya adecuada al propio interés del Municipio, por lo que no hay duda que su previo cumplimiento constituye un requisito que condiciona su legitimación activa y cuyo defecto procesal significa que hay que declarar mal admitida la apelación por el Tribunal que conoció de la primera instancia, al estar improcedentemente formulada por el Ayuntamiento apelante, sin haber acreditado como era imprescindible en aquel trámite el cumplimiento del indicado requisito procesal, que sólo después y ya extemporáneamente de forma defectuosa es cuando al comparecer ante este Tribunal de

3. *El auto de 14 de enero de 1976*

Este auto estima un recurso de queja interpuesto contra otro de la Audiencia de Cáceres y sienta la siguiente doctrina:

«Considerando que a la Corporación que fue parte demandada en Primera Instancia, sin que se le hiciera objeción alguna entonces respecto de los requisitos de su comparecencia, no cabe exigirle de nuevo el dictamen previo de Letrado y el acuerdo del órgano competente a efectos exclusivamente de interponer el recurso de apelación, porque, en cuanto al primero, es obvio que la ley lo exige sólo para el inicial 'ejercicio de acciones' y no para la prosecución y agotamiento de las sucesivas instancias en los procesos en que ya compareció válidamente, y en cuanto al segundo, porque aun cuando una persona jurídica debe obviamente manifestar mediante el órgano competente su voluntad para comparecer procesalmente, tampoco cabe reiterar esa exigencia en cada fase o instancia procesal una vez que se hubiera cumplido en el momento inicial, tal como cabe deducir de la sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1974, a tenor de la cual 'la posición procesal comporta unos riesgos que no pueden legalmente imponerse a Entidades o Corporaciones públicas si no media el acuerdo del órgano adecuado que... así lo decida', y 'si en la Primera Instancia la representación legal y defensa corresponden al Abogado del Estado..., la interposición del recurso contra la sentencia adversa... no supone más que apurar agotando los medios de defensa...', por lo que 'no nos encontramos ante un supuesto de ejercicio de acciones, etc., sino simplemente de un derecho de defensa, en la que el recurso ordinario de apelación es realmente una segunda consideración, ante órgano superior de la misma escala, del mismo problema..., con lo que no se compromete más de lo que ya está la situación jurídica del Ayuntamiento...'; doctrina igualmente aplicable cuando el representante no fuere el Abogado del Estado, sino el Alcalde y su apoderado, a tenor de las facultades atribuidas por el artículo 116, g), de la propia ley, una vez manifestada adecuadamente la voluntad inicial de comparecer.

Considerando que aun sin desconocer que el criterio inspirador del auto recurrido ha sido el de una parte de las declaraciones de este Tribunal al respecto, tampoco el sustentado ahora carece de antecedentes, como el de la sentencia antes citada o, entre otras, las de esta Sala de 3 de marzo de 1975, donde se sienta que 'la doctrina legal distingue entre iniciativa para el ejercicio de acciones y la obligada defensa (una vez iniciadas por terceros legalmente) de los derechos que entiendan vulnerados..., para lo cual, cuando la amplitud de términos de los acuerdos iniciales lo permite..., basta con que el apoderamiento esté otorgado en forma y de él resulte clara la voluntad de la Corporación, legítimamente representada para ejercitar tal defensa...', o bien la de 13 de marzo de 1972, al decir que el dictamen de Letrado 'es sólo preceptivo para el caso de que la Corporación ejercite acciones, pero no cuando se trata de defenderse dentro de un proceso en el que actúa como demandada y utiliza el recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que le fue adversa...'.

alzada por virtud de la referida certificación municipal y a fin de mantener la presente apelación, pero que debido a estas razones resulta por completo ineficaz e intrascendente a los mencionados fines, y, por consiguiente, se origina la consecuencia procesal inevitable de la inadmisibilidad de la apelación interpuesta, por virtud de ejercitar la Corporación Municipal apelante un recurso sin los requisitos necesarios exigidos por el Ordenamiento jurídico para su ejercicio. Considerando que contra tal defecto formal no cabe argüir que se está en presencia de un recurso de apelación y que el Ayuntamiento apelante no ha sido el recurrente en la primera instancia, y por ello en esta segunda no es necesario el citado requisito, pues aparte de que de modo expreso en las disposiciones administrativas antes mentadas se hace constar que también lo es en toda clase de recursos, además conforme a una elemental doctrina procesal, la pretensión de la segunda instancia puede ser como en este caso distinta de la anterior, porque así como la del recurrente iba dirigida contra el Ayuntamiento por unos acuerdos municipales suyos, ahora apelante este último combate una sentencia que resuelve estimar aquella primera pretensión »

Considerando que esta tesis se ajusta, por otra parte, tanto al criterio doctrinal que considera a los recursos como fases de procedimiento distintas dentro de un proceso único, como a aquel otro que conceptúa al recurso como un proceso distinto; en cuanto a la primera, porque sería, según la misma, obvio que las exigencias legales de manifestación de la voluntad, y previo dictamen, únicamente cabría aplicarlas en el momento de la inacción del proceso, pero no en la de cada una de sus fases, en las que solamente se trata de agotar (dentro de aquél) los trámites de defensa en relación con la porción inicial, y en cuanto a la segunda postura doctrinal, porque aun siendo entonces objeto del proceso de impugnación otra pretensión distinta (la pretensión), el objeto de ésta es, a su vez, la sentencia de Primera Instancia, y en ella, la materia de pretensión inicial, o sea, la legalidad del acto administrativo impugnado, es, a su vez, la misma que en el recurso trata de revisarse de nuevo y en relación con la cual no varía ni la posición del órgano jurisdiccional (aunque sea distinto) ni tampoco la de la Corporación, que está en igual situación en cuanto a defensa e intereses respecto de la resolución enjuiciada, lo cual hace innecesaria la reiteración de unos requisitos previos a su comparecencia que ya sirvieron sin objeción en la Primera Instancia.

Considerando que esta conclusión deriva también, por otra parte, de las propias exigencias estrictamente procesales de la ley de la jurisdicción, que con independencia de la trascendencia sustantiva y general de lo preceptuado en los artículos 370, 121-j) y 122-i) de la de Régimen Local, tan sólo en relación con el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo exige que se acompañe el documento acreditativo de las formalidades que para entablar demandas imponen sus propias leyes a las Corporaciones Locales, pero no, evidentemente, para entablar los recursos que según ley procedan ulteriormente y en los cuales si aquellos requisitos quedaron inicialmente acreditados y admitidos (como en este caso, en que ninguna objeción consta acreditada) debe reputarse con ello bastante.

Considerando que por todo lo expuesto procede estimar el recurso de queja y, revocando el de la Sala de Cáceres, admitir la apelación, sin que proceda, en cambio, una mención de las costas de este recurso, para lo cual no se aprecian méritos.»

III. CRÍTICA

Desde un punto de vista estrictamente formal, no puede negarse fundamento a la doctrina de la exigencia del acuerdo de la Corporación precedido del dictamen de Letrado. Pues si los preceptos legales se refieren, como supuesto distinto al del ejercicio «de acciones judiciales y administrativas», a la «interposición de los recursos», esta última expresión no puede tener otro sentido que el de «recursos jurisdiccionales». Es cierto que un «recurso jurisdiccional» presupone ya un proceso, en el cual la Entidad local ha sido demandante o demandada. Pero una vez dictada resolución, aun cuando no se comparta la tesis de que el recurso no determina el nacimiento de un nuevo proceso, es lo cierto que, al menos, inicia una nueva fase o procedimiento. Y si la ley hace alusión a la «interposición del recurso» como algo distinto al ejercicio de la acción—que es lo que realmente determina el nacimiento del proceso—es porque ha pretendido que no se produzca la interposición sin aquellas garantías previas, a fin de evitar recursos temerarios.

No obstante, esta doctrina jurisprudencial no podía prevalecer, porque pugna con el principio antiformalista y colocaba a las Entidades locales en una auténtica posición de indefensión, al ser prácticamente imposible que, en el brevísimo plazo que la ley concede para interponer recurso de

apelación, pudieran cumplirse los preceptos legales con el carácter previo exigido por la jurisprudencia.

Pensemos que no siempre el órgano local competente tiene su sede en la ciudad donde la tenga la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Esto sólo ocurrirá en los Ayuntamientos de capitales de provincia donde exista Sala de lo Contencioso-Administrativo de una Audiencia Territorial. Pero en todo caso, aun cuando así ocurra, por mucha que sea la diligencia del Procurador representante del Ayuntamiento, hay que pensar que ha de remitir copia de la sentencia a la Corporación. Dentro de ésta habrá de darse traslado al Letrado. El Letrado tendrá que estudiar su contenido, a fin de hacer el dictamen—si tiene algún sentido el dictamen, hay que suponer que no es un puro trámite formal, sino estudio de las posibilidades del recurso, a la vista de los argumentos de la sentencia—. Una vez emitido el dictamen habrá que convocar la sesión con la antelación suficiente—por urgente que sea—. Adoptado el acuerdo debe expedirse certificación y remitirse al Procurador para que presente el escrito de interposición del recurso.

Estas consideraciones deben prevalecer sobre cualquier otra. De aquí que sólo elogios merezca la doctrina sentada en el auto comentado.

En todo caso, de mantenerse la exigencia de acuerdo, en modo alguno podrá establecerse como requisito previo de la interposición del recurso de apelación. Sino que tal exigencia debía operar como viene operando en la práctica municipal española. No como requisito previo al escrito de interposición. Este se interpondrá sin previo acuerdo. Y una vez admitida la apelación y emplazada la Corporación es cuando se adoptaría, previo dictamen, el acuerdo correspondiente del Pleno o de la Permanente, ratificándose éste en la primera reunión del Pleno que se celebre.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JESÚS ALVAREZ BELTRÁN

*TRANSMISION MORTIS CAUSA DE VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA.
ACUMULACION DE DONACIONES ANTERIORES A LA HERENCIA.
ADICION DE SALDOS BANCARIOS (RESOLUCIÓN DEL T. E. A. C. DE 15
DE MARZO DE 1973).*

Una señora falleció el 15 de junio de 1970 bajo testamento en el que legaba a su esposo el tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria, y en el remanente de sus bienes instituyó herederos, por partes iguales, a sus tres hijos. Estos y el viudo otorgaron ante Notario escritura de liquidación de la sociedad conyugal y de partición, en la cual el viudo renunció a su mitad de gananciales y al legado del tercio, inventariándose los bienes por un total de 690.000 pesetas, integrados sustancialmente por participaciones indivisas en pisos de un edificio acogido a la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 15 de julio de 1954, según cédula de calificación definitiva de 19 de febrero de 1965.

La Oficina Liquidadora instruyó el reglamentario expediente de comprobación, que arrojó un valor de 784.884 pesetas, adicionándose al caudal 3.915.000 pesetas, valor comprobado de los restantes pisos y locales del mismo edificio que la causante había donado a sus tres hijos en escritura de 20 de diciembre de 1967, por cuya donación ya se había dictado el correspondiente acto administrativo, y acumulándose también 108.743 pesetas, mitad del saldo que arrojaba, en la fecha del fallecimiento de la causante, una cuenta corriente abierta indistintamente a nombre del esposo de aquella y de uno de sus hijos. En la certificación de la Entidad bancaria figuraba incluido el importe de un efecto descontado a su cargo por 125.000 pesetas, quedando un saldo de 92.485,80 pesetas.

La Oficina Liquidadora, partiendo de la base de 4.808.627 pesetas, giró a los tres hermanos herederos las liquidaciones números 95, 96 y 97, y al viudo la número 98, así como otras dos liquidaciones más a cargo de dos de los hijos por exceso de adjudicación.

El viudo y los hijos entablaron recurso ante el Tribunal Provincial Económico-Administrativo invocando como fundamentos legales los artículos 123-8, en relación con el número 30 del 146 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964; normas sobre exención de la primera transmisión por herencia o legado de viviendas de protección oficial incorporadas al Texto Refundido del Impuesto General de Sucesiones, así como

la Ley de 15 de julio de 1954 y su Reglamento, que establecían los beneficios y exenciones fiscales de las viviendas calificadas con posterioridad al 1 de enero de 1965 y antes del 1 de enero de 1969, fecha en que entró en vigor el nuevo régimen de viviendas, establecido en el Reglamento de 24 de julio de 1968, y arguyeron que existe un derecho adquirido, sin que pueda aplicarse retroactivamente el Decreto de 27 de mayo de 1968, que suprimió uno de los beneficios fiscales con los que había sido calificado el edificio de que se trata mediante una resolución firme, la cédula de calificación definitiva, y que por la misma razón es inconsecuente la Administración al acumular al caudal el valor de los bienes donados por la causante, locales y pisos del mismo edificio protegido.

Como el Tribunal Provincial desestimó íntegramente la reclamación, los interesados acudieron al Tribunal Central reiterando sus alegaciones; pero además, y con referencia a la adición al caudal de la cantidad de 108.743 pesetas, se opusieron, haciendo constar que de la certificación bancaria se deduce que el saldo al fallecimiento era de 92.485,80 pesetas, y como la cuenta era indistinta a nombre del viudo y de un hijo, a la sociedad de gananciales le correspondía sólo la mitad: 46.242,60 pesetas, de las cuales, a su vez, por dicha condición, sólo una mitad—23.121,30 pesetas—puede acumularse al caudal.

El Tribunal Central, resolviendo la reclamación, declaró, en síntesis, lo siguiente:

1.º Que la adquisición hereditaria se entiende verificada el día del fallecimiento del causante, por lo que en la fecha del óbito se devenga el impuesto, y habiendo muerto la causante el 15 de junio de 1970, no estaba vigente la exención por haber entrado en vigor la norma derogatoria de 28 de mayo de 1968, y por ello no se desconocen derechos adquiridos nacidos durante la vigencia de la exención suprimida, pues para que pueda hablarse de derecho adquirido es menester que hubiera comenzado a ejercitarse antes del 28 de mayo de 1968, fecha en la que comenzó a regir el Decreto que suprimió la exención a las primeras transmisiones por herencia o legado de las viviendas de protección oficial.

2.º El valor de las participaciones en inmuebles objeto de la escritura de donación es acumulable a la base liquidable, pero solamente a los efectos de determinar el tipo aplicable a las liquidaciones procedentes por la herencia. En consecuencia, procede rectificar las liquidaciones giradas objeto de la presente reclamación para que el valor de los inmuebles donados, acumulado a la base liquidable, sólo se tenga en cuenta a los efectos de determinar el tipo aplicable por la transmisión hereditaria.

3.º Que la adición de las 108.743 pesetas, mitad del saldo total en la cuenta indistinta, es incuestionable, habida cuenta de la renuncia del cónyuge superviviente a su haber de gananciales, sin que proceda deducir del saldo total de la cuenta el importe del efecto descontado de 125.000 pesetas, puesto que no es admisible, en perjuicio de la Administración, que es tercero, la escueta mención de que dicho saldo ha sido alterado adeudando un efecto en fecha que no se indica, como no se indica ninguno de sus datos, ni siquiera el del vencimiento.

COMENTARIO.—Argumentaban los recurrentes, en cuanto a la primera cuestión debatida en el recurso, que tenían un derecho adquirido a la exención por la transmisión hereditaria de las viviendas, reconocido tanto en la Ley del Impuesto—artículo 19-1-8.º—como en las disposiciones que regulan las viviendas de protección estatal, y si bien esa exención fue suprimida por el Decreto de 27 de mayo de 1968 como el edificio gozaba de calificación definitiva, en virtud de resolución de 19 de febrero de 1965, desde esa fecha se había adquirido el derecho a la exención en la primera transmisión hereditaria, sin que pueda aplicarse retroactivamente el citado Decreto de 1968, que suprimió uno de los beneficios fiscales con los que había sido calificado el edificio. Y la verdad es que este argumento se apo-

yaba en una doctrina reiteradamente declarada por el Tribunal Central en varias resoluciones anteriores a la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, como son las de 21 de diciembre de 1958, 14 de abril y 17 de noviembre de 1959, 25 de octubre de 1960 y 3 de octubre de 1962. Especialmente, la de 17 de noviembre de 1959 estimó que «la adquisición del derecho al disfrute de la exención, creada por la calificación de Viviendas de Renta Limitada, conforme a la legislación vigente al hacer tal calificación, no puede entenderse modificada por disposiciones legales posteriores, tanto más cuanto que la Disposición Transitoria 4.ª de la vigente Ley del Impuesto de 21 de mayo de 1958, al derogar cuantas exenciones y bonificaciones no figuren mencionadas en sus artículos 3 y 4 de la misma, manda que se esté exclusivamente al contenido de los preceptos de estos artículos 3 y 4 para determinar la extensión de las en ella recogidas, salvo expresamente, como obligada excepción, los derechos ya consolidados individualmente al amparo de las disposiciones anteriormente en vigor, entre los que se entiende legalmente comprendido el derecho a la exención tributaria de la primera transmisión de las viviendas calificadas definitivamente como de Renta Limitada, con arreglo a la legislación vigente al tiempo de otorgarse tal calificación».

La interpretación de la frase «sin perjuicio de los derechos consolidados individualmente al amparo de las disposiciones anteriormente en vigor» era difícil, y en la doctrina científica se produjeron criterios discordantes, cuyo estudio no es de este lugar. Al elaborarse la reforma tributaria de 1964, se quiso dar un concepto fiscal de los derechos adquiridos para evitar con ello los frecuentes conflictos a que la citada Disposición Transitoria 4.ª de la Ley de 1959 había dado lugar. Y así se hizo en los términos que veremos luego.

El que ahora el Tribunal Central, en la resolución presente, declare que no había lugar a la exención, por haber sido la misma suprimida en virtud del Decreto de 27 de mayo de 1968, no implica, a nuestro juicio, un cambio de criterio, sino más bien una aplicación correcta de la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, que se formula en la Disposición Transitoria 2.ª de la vigente Ley del Impuesto. «Por derechos adquiridos se entenderá tan sólo los que se acredite que efectivamente han comenzado a ejercitarse antes de la entrada en vigor de esta ley, sin que la mera expectativa pueda reputarse derecho adquirido.» Y, por otra parte, la Disposición Transitoria 1.ª advierte que los preceptos de esta ley serán de aplicación a los actos y contratos causados o celebrados a partir de 1 de julio de 1964, sin perjuicio de lo establecido en la Disposición 2.ª, que respeta, como es sabido, los derechos adquiridos al amparo de disposiciones anteriormente en vigor, pero sin confundir el derecho adquirido con la mera expectativa. Con base en esto, el Tribunal Central declara ahora que «antes del 28 de mayo de 1968 tan sólo existía una mera expectativa del derecho a gozar de la exención que tal día desapareció»..., por lo cual ha de concluirse que el derecho al pretendido beneficio fiscal no pudo comenzar a ejercitarse antes de la fecha ya referida, puesto que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, y ésta le sobrevino a la señora causante el 15 de junio de 1970, de suerte que antes del 28 de mayo de 1968 sólo existió una mera expectativa, que dejó de tener posibilidad de convertirse en derecho cuando la legislación fue modificada antes de causarse la herencia.

La reclamación de los contribuyentes no fue, sin embargo, totalmente infructuosa para sus intereses, ya que la resolución del Tribunal Central, como era de esperar, estimó el recurso en cuanto a un aspecto—ciertamente interesante desde el punto de vista económico—de la acumulación de las donaciones a la herencia, de las donaciones que de pisos del edificio había realizado la causante en vida a favor de sus hijos herederos. En el caso objeto del recurso, la Oficina Liquidadora acumuló el valor de los pisos

donados en vida, al valor comprobado de los bienes hereditarios, y considerándolo todo como herencia junto con el saldo bancario adicionado, giró liquidaciones a cargo de los herederos, con olvido de que esa acumulación de donaciones sólo es posible a los efectos de determinar el tipo de gravamen aplicable a la adquisición hereditaria. Así resulta claramente del artículo 46 de la Ley del Impuesto.

La progresividad de los tipos de gravamen aplicables a las transmisiones lucrativas «invita» a fraccionar éstas, con el objeto de conseguir tipos más reducidos de tributación y, en definitiva, defraudar a la Hacienda. Comprendiéndolo así el legislador, ya por Ley de 23 de diciembre de 1961 se consideró como una sola donación, a los efectos de determinar los tipos aplicables, todas las que se hicieran por el mismo donante a favor del mismo donatario dentro del período de tres años, determinándose, en consecuencia, el tipo aplicable en función de la suma de todas las bases liquidables. Además, para garantizar la efectiva aplicación de la norma, se estableció una regla especial de competencia para la liquidación de las donaciones en favor de la Oficina de la vecindad del donante.

Con estos antecedentes, la Ley de Reforma Tributaria de 1964, y después el Texto Refundido del Impuesto de 1967, han dispuesto que las donaciones hechas en los tres años anteriores a la muerte del donante se acumulen a la herencia causada por éste en favor del donatario. Pero hay que advertir que la donación acumulada no forma parte del caudal hereditario, sino que el valor comprobado de los bienes anteriormente donados se suma al importe de la herencia al único objeto de determinar los tipos aplicables a la adquisición que se realiza por el heredero, con lo cual éste empezará a tributar no por la letra a) del número de la Tarifa que corresponda, sino por la letra que proceda. Si las cosas no fueran así, ello supondría una doble tributación en cuanto a la parte de valor correspondiente a los bienes anteriormente donados, con infracción de la norma fiscal que establece que a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho (art. 79 de la ley). Claro que en el caso del recurso, la transmisión de los pisos anteriormente donados, viviendas de Renta Limitada, había gozado de exención; pero entonces el proceder de la Oficina Liquidadora suponía dejar sin efecto una exención legalmente concedida en su día y en virtud de un acto administrativo firme.

La última cuestión debatida en el recurso hacía referencia a la adición de un saldo bancario al caudal hereditario, adición posible de conformidad con el artículo 27 de la Ley del Impuesto. Dos problemas se planteaban en este punto: a) A la sociedad de gananciales entre la causante y su esposo le correspondía la mitad de dicho saldo, pretendiendo los recurrentes que sólo se acumulara al caudal hereditario una mitad de dicha mitad, que es lo que pertenecía a la herencia dada la condición ganancial de la total mitad. b) El otro problema se centraba sobre la cuantía del saldo, que para los contribuyentes era de 92.485 pesetas, y para la Oficina gestora de 217.486 pesetas, por lo que ésta adicionó su mitad.

En cuanto al primer problema, de marcado carácter jurídico, nos parece inviable la pretensión de los recurrentes, pues habida cuenta de la renuncia que a los gananciales formuló el viudo, la acumulación del total de la mitad del saldo es indiscutible en base al acrecimiento que dicha renuncia produce. En cuanto al segundo problema, creemos que ante la oposición de los herederos a la cuantía del saldo acumulable, debió entrar en juego la regla 4.ª del artículo 27 de la Ley del Impuesto, con exclusión de la cantidad que aquéllos no aceptaban como integrante del caudal hereditario, hasta que el Jurado Tributario resolviera definitivamente la cuestión.

CANTIDAD ADEUDADA POR LOS ACCIONISTAS POR RAZON DE LA PARTE NO DESEMBOLSADA DE LAS ACCIONES SUSCRITAS. SU CONSIDERACION COMO PARTIDA DEL ACTIVO REAL (RESOLUCIÓN DE 29 DE MARZO DE 1973).

La Inmobiliaria «Zimen, S. A.», tenía por objeto social exclusivo, según el artículo 4 de sus Estatutos, la construcción de Viviendas de Renta Limitada, reguladas por la Ley de 15 de julio de 1954 y su Reglamento. En Junta General Extraordinaria de Accionistas se acordó la modificación de dicho artículo, y por escritura de 28 de agosto de 1970 quedó redactado el mismo en el sentido de que el objeto de la Sociedad sería la construcción de cualquier clase de edificaciones para viviendas, usos comerciales o industriales, así como de cualquier otra clase de construcción u obra de ingeniería civil, incluida la adquisición de terrenos para tales fines, su urbanización y parcelación y la adquisición de edificaciones ya construidas para su explotación en forma de arriendo o posterior venta.

Presentada la escritura a liquidación, la Oficina Liquidadora reclamó la presentación del balance social que hubiera surtido efectos en la Administración para la liquidación del Impuesto de Sociedades, presentándose dicho balance, que era del tenor siguiente: ACTIVO: Caja y Bancos, 10.755.702 pesetas; Accionistas, 1.750.000 pesetas; Mobiliario y Enseres, 16.481 pesetas; Fianzas, 7.160 pesetas; Adjudicatarios de pisos y locales, 8.628.595 pesetas; Proveedores, 102.013 pesetas; División Horizontal, 116.292 pesetas; Desembolsos Costo Préstamos, 448.760 pesetas; Desembolsos por Cuenta de Comunidades, 144.726 pesetas; Pérdidas y Ganancias, 301.786 pesetas; Obras en curso, 4.281.189 pesetas. Total Activo: 26.552.707 pesetas. PASIVO: Bancos, 6.000.000 de pesetas; Préstamos, 7.854.860 pesetas; Proveedores, 3.237.610 pesetas; Reservas, 710.237 pesetas; Capital social escriturado y suscrito, 8.750.000 pesetas. Total Pasivo: 26.552.707 pesetas.

En vista de dicho balance, la Oficina Liquidadora fijó la base imponible en 9.151.290 pesetas, practicando sobre la misma, y por el concepto «Modificación de Sociedades», liquidación por el número 6 de la Tarifa al 2,70 por 100. Contra dicha liquidación, la Sociedad interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, por estimar que no debía computarse para la determinación del haber líquido la partida del Activo denominada «Accionistas» por valor de 1.750.000 pesetas, y suplicaba la anulación de la liquidación reclamada, que debía ser sustituida por otra en la que se señalara como base imponible la de 7.401.290 pesetas, devolviéndose a la Sociedad las cantidades indebidamente ingresadas.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación razonando que el crédito que la Sociedad tiene contra el socio por el importe de las acciones suscritas y no desembolsadas es un crédito exigible incluso por caminos procesales privilegiados, según la Ley de Sociedades Anónimas, debiendo figurar en el Activo de la Sociedad por mandato del artículo 103 de la misma ley.

Contra la anterior resolución, la Sociedad contribuyente interpuso recurso de alzada, manifestando que el Tribunal Provincial no había desvirtuado la argumentación del recurso, basada en la resolución del Tribunal Central de 30 de junio de 1954 y la Orden Ministerial de 9 de abril de 1945, por todo lo cual suplicaba se estimara la reclamación. Pero el Tribunal Central la desestima confirmando íntegramente la decisión del Provincial, por hallarse ajustada a derecho, declarando lo siguiente:

«Considerando que la Sociedad ostenta un crédito contra sus accionistas por el montante de las sumas pendientes de desembolso, siendo indudable la realidad de ese crédito y que el mismo forma parte del activo

social, ya que su integración en dicho activo asegura precisamente que, en el momento inicial, coincidan las cifras representativas del patrimonio y del capital de la sociedad de que se trata; y de ahí que el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas obligue a consignar, separada o individualizadamente, en el activo del balance los créditos contra accionistas por acciones suscritas y no desembolsadas.»

«Considerando que se deduce la evidente conclusión de que la partida o cuenta del balance que, bajo la rúbrica 'accionistas' u otra semejante, refleja el crédito de la Sociedad contra los accionistas... y que debe formar parte del activo de dicho balance por mandato del artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas, es una cuenta del activo real, con innegable virtualidad y contenido económico y jurídico, no debiendo considerarse—por tanto—como activo meramente contable o formal, sino como un valor plenamente realizable...»

«Considerando que los razonamientos que, en contrario, se esgrimen por la Sociedad recurrente se fundan, de una parte, en la resolución de este Tribunal Central de 30 de junio de 1954, que no resulta aplicable al supuesto presente por versar sobre una hipótesis práctica sustancialmente distinta, ya que hace referencia exclusiva a un supuesto de disolución de Sociedad que aquí no concurre, y, en segundo lugar, en la Orden Ministerial de 9 de abril de 1945, dictada para reglamentar ciertos aspectos del extinguido Impuesto sobre Emisión y Negociación de Valores Mobiliarios que por su falta de vigencia y la patente diversidad de contenido, inspiración y propósitos, carece de toda aplicación para la determinación de la base imponible de la modificación de sociedades a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.»

COMENTARIO. *Nos encontramos ante un caso clarísimo*—ya que no siempre lo son—de modificación de Sociedad por ampliación de su objeto social, acto sujeto al Impuesto de Transmisiones según el artículo 54-3 de la Ley reguladora, en el que la base imponible viene representada por el «haber líquido» que la Sociedad tenga el día en que se adopte el acuerdo de modificación (art. 70-13 de la propia Ley). Haber líquido que consiste en la diferencia entre el activo realizable y el pasivo exigible, acusados por el balance sobre el que se opere; balance que el Liquidador puede y debe reclamar al amparo del artículo 117-1-15 de la Ley del Impuesto, como medio o instrumento que posibilite la oportuna comprobación de valores.

La determinación del haber líquido presupone un conocimiento del activo realizable y del pasivo exigible, y una calificación de las partidas que integran ambos elementos del balance, estando facultado el Liquidador para comprobar las partidas del activo utilizando los medios legales de comprobación que sean adecuados a la naturaleza de los bienes que lo componen.

Activo Real será el conjunto de todas aquellas partidas representativas de los valores susceptibles de realización; pasivo exigible será, en cambio, el conjunto de todas aquellas partidas representativas de las deudas de la Sociedad para con terceros. Por ello, no todas las partidas del activo y pasivo de un balance, integrarán los llamados activos realizables o pasivos exigibles, ya que tanto en el activo como en el pasivo se contabilizan por disposición de la Ley—artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas—partidas que no tienen un valor patrimonial real (activo ideal), ni constituyen deuda exigible a la Sociedad (pasivo ficticio o ideal). La doctrina, al estudiar el citado artículo 103, considera que constituyen activo puramente ideal, los gastos de primer establecimiento y de constitución de la Sociedad; el importe de las obligaciones amortizadas, si en el pasivo figurara el de las obligaciones emitidas y el importe de las acciones no suscritas procedentes de los aumentos de capital. A su vez, constituyen pasivo puramente ideal las siguientes partidas: el importe del capital social; las reservas de todas clases y los fondos de amortización del activo, si los bienes patrimoniales figuran en él por su valor de adquisición. Además, y según Resolución del

Tribunal Central de 30 de junio de 1954, el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias no responde a ninguna deuda a favor de tercero. Ese saldo se inscribirá según proceda, en el activo o en el pasivo, conforme dice el repetido artículo 103, y pone de relieve las ganancias y las pérdidas acusadas, durante un ejercicio, en la explotación. Como ha explicado BERGAMO en su obra, *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, Tomo II, si la explotación social ha registrado pérdidas, el pasivo excederá del activo. Y para equilibrar el balance, hay que anotar el *quantum* de la pérdida en el activo. El saldo de la cuenta de resultados figurará en la columna de valores que al final del ejercicio resulte ser numéricamente inferior. Y si la finalidad de aquel saldo es procurar el equilibrio entre activo y pasivo, existirá ganancia cuando luzca en el pasivo, y pérdida cuando luzca en el activo. Balance y cuenta de resultados son representaciones contables distintas. El balance refleja el estado del patrimonio social. La cuenta de resultados pone de relieve las ganancias y las pérdidas acusadas durante un ejercicio en la explotación; y la diferencia entre las pérdidas y las ganancias se traduce en un saldo, que tiene por función restablecer, en la medida necesaria, el equilibrio del balance.

En el caso objeto del recurso la única discrepancia entre la Sociedad contribuyente y la Oficina Liquidadora versaba sobre lo que debe entenderse por activo realizable. Partiendo de una Orden Ministerial de 9 de abril de 1945, consideraba la Sociedad que no debía computarse para la determinación del haber líquido la partida del activo denominada «Accionistas», por un valor de 1.750.000 pesetas. Fundamentaba esta consideración en el párrafo 2.º del artículo 7 de la citada Orden, conforme al cual—y a los efectos de determinar la base impositiva en el Impuesto de Emisión y Negociación de Valores Mobiliarios—» no se computarán como Activo real las cuentas que representen el débito de los accionistas para con la Sociedad respectiva, por razón del título...»

El Tribunal Central, como antes el Provincial, no admiten el argumento, que se basaba en un precepto relativo a la regulación de un Impuesto distinto al de Transmisiones y extinguido o suprimido por los artículos 105 y 238 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964. La pretensión del recurrente era inviable ante la existencia de preceptos específicos de la Ley de Sociedades Anónimas y del Impuesto de Transmisiones, que imponían como única solución admisible el mantenimiento de la actuación de la Oficina gestora.

Supuesta la posibilidad del desembolso parcial del capital suscrito íntegramente (art. 8 de la Ley de Sociedades Anónimas), el accionista deberá aportar a la Sociedad la porción de capital no desembolsado, en la forma prevista por los Estatutos o, en su defecto, por acuerdo de la Junta General, según el artículo 44, conforme al cual la Sociedad podrá utilizar tres procedimientos, según la naturaleza de la aportación, para conseguir la efectividad de la misma; y todo cesionario de las acciones no liberadas responde solidariamente, con los cedentes, de la parte no desembolsada (art. 45). De todo lo anterior resulta indiscutible la existencia de un crédito de la Sociedad contra el accionista, de un crédito determinado y realizable, que debe inscribirse en el activo del balance (art. 103), como contrapartida de la cifra del capital social que necesariamente debe figurar en el pasivo.

LEGADO CONSISTENTE EN EL PRECIO QUE SE OBTENGA DE LA VENTA DE UNA FINCA DE LA HERENCIA. MOMENTO EN QUE LA ADQUISICION Y COMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA EXIGIR EL IMPUESTO (RESOLUCIÓN DE 5 DE ABRIL DE 1973 DEL T. E. A. C.).

Doña María Chinchilla Domínguez falleció en Madrid el 1 de enero de 1962. Su última voluntad se hallaba contenida en cuatro testamentos, en los cuales dispuso: En el primero legó en pleno dominio a sus sobrinos, doña

Carmen, don Rafael, don Joaquín, don José María y don Eduardo Chinchilla Roldán, en la proporción de 2/9 a cada uno de los dos primeros y 1/9 a cada uno de los cinco restantes, el precio de venta de la finca San Joaquín, del término de Marbella, debiendo efectuarse la venta en el plazo máximo de tres años a contar del fallecimiento de la testadora y necesariamente a persona que no sea vecino de Marbella; deduciéndose del precio de dicha venta, «en lo que verdaderamente consiste el legado», ciertos gastos que se especificaban; y en la cláusula 9.ª nombró comisario a don Alfonso Moreno Aguilar, con plenas facultades para proceder a la venta de la finca. En el segundo testamento dejó subsistente al anterior en todo lo que no modificaba o sustituía, y a este respecto dispuso que su sobrina doña Carmen recibiría sólo 1/9 del precio de la venta, y el sobrino don José María 2/9, añadiendo que la venta de la finca podrá efectuarse en parte o en su totalidad; y en la cláusula 7.ª legó, con cargo al precio de la venta de «San Joaquín» a su ahijada Ana Moreno Alcázar, la cantidad de 500.000 pesetas. En el tercer testamento deja subsistentes los dos anteriores, ya que el que otorga es ampliación del segundo, y lega a cada uno de sus ahijados don José Ortega Sptorno, don Eduardo Chinchilla Roldán, y don Pablo Ortega Rosales la cantidad de 500.000 pesetas, y a don Ramiro Triviño Chacón 200.000 pesetas, a doña Guadalupe Martín Gutiérrez, doña María Ortiz Mata, don Miguel Marín Aguas y don Antonio Carmona Salvador, a cada uno, 100.000 pesetas; a su hermano don Joaquín la cantidad de 250.000 pesetas, y a don Alfonso Moreno Aguilar 500.000 pesetas, disponiendo que tanto este legado como todos los anteriores sean con cargo al precio de venta de «San Joaquín», como todos los gastos e impuestos. En el cuarto testamento modificó el legado referente a la venta de la finca, en el sentido de que se divida en décimas partes, en lugar de novenas, y como sobra una décima parte la lega a la Parroquia de Nuestra Señora de la Encarnación de Marbella.

El comisario señor Moreno falleció el 24 de abril de 1964 sin haber dado cumplimiento a lo dispuesto sobre la venta de la finca y, como consecuencia, y a petición de parte, el Juzgado correspondiente dictó Auto nombrando Albacea dativo para ello, a don José Lacal Tehule, el cual, por escritura otorgada en Sevilla el 18-1-72, vendió a la compañía «Nagüeles, S. A.», dos trozos de terreno segregados de «San Joaquín», por el total precio de 8.000.000 pesetas confesadas recibidas. Y presentada copia de esa escritura en la Abogacía del Estado de Sevilla, ésta detrajo primero los legados de cantidad fija por un importe de 2.750.000 pesetas, y luego consideró adjudicado el resto por décimas partes, según las disposiciones testamentarias que antes se han citado. Como consecuencia de ello se giraron las liquidaciones números 833 al 841, ambos inclusive, correspondientes a los legados de cantidad fija; y las liquidaciones números 842 al 843, ambos inclusive, a cargo de los sobrinos que percibían el resto del precio de la venta.

Contra dichas liquidaciones se entabló reclamación económica-administrativa ante el Tribunal Provincial, alegándose con invocación del artículo 143 del Reglamento de 15 de enero de 1959, la prescripción del derecho a liquidar, por haber transcurrido diez años desde la muerte de la causante, sin que concurra la limitación o supuesto que contemplan el artículo 9 de la vigente Ley de 6 de abril de 1967 y el párrafo 6.º del artículo 57 del Reglamento antes citado, porque la efectividad de la adquisición no ha estado nunca suspendida de derecho por ninguno de los motivos que en los preceptos se enumeran ni, sobre todo, por condición alguna, pudiendo la Administración, desde el momento del fallecimiento, haber practicado la liquidación del impuesto, no obstante a ello el retraso en la ejecución o entrega.

El Tribunal Provincial acordó estimar parcialmente la reclamación, confirmando las liquidaciones 842 a 848 por estar ajustadas a derecho, y anular las liquidaciones 833 a 841, por estimarse la prescripción alegada. Pero contra esta resolución se entabló recurso de alzada, en el cual se reprodujeron los razonamientos aducidos en la 1.ª instancia, y se añadió, para el supuesto

de que no se hubiere producido la prescripción invocada, que se ha omitido en las detracciones a efectuar en el precio de la venta—lo cual era cierto—la de un legado de 500.000 pesetas ordenado a favor de Rosa Moreno Alcázar, y otro de 100.000 pesetas ordenado a favor de Miguel Marín Aguas; así como los gastos de enfermedad, entierro, sufragio y limosnas.

El Tribunal Central, estimando en parte la reclamación, acuerda: 1.º Rectificar las liquidaciones giradas 842 a 848 para que se detraigan de su base, de acuerdo con las disposiciones testamentarias, el importe de los legados de 500.000 y 100.000 pesetas antes referidos. 2.º Confirmar en lo restante la Resolución recurrida.

«Considerando que el presente recurso suscita fundamentalmente una cuestión de derecho, a saber si debe entenderse prescrita la acción de la Administración para liquidar el impuesto, teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento de la señora causante, o si, por el contrario, seguía viva para liquidar, cuando se presentó el documento, dada la naturaleza y características de los legados que dieron lugar a las liquidaciones.»

«Considerando que para la debida solución del problema planteado conviene recordar una norma tradicional en el impuesto, sentada en el artículo 1.º de la Ley de 21 de marzo de 1958 y en el mismo artículo del texto refundido de 6 de abril de 1967, según el cual el Impuesto de Sucesiones se regirá por los preceptos de esta Ley, norma que, sin desconocer el carácter esencialmente jurídico de este Impuesto, reflejado en su frecuente paralelismo con el Derecho Privado y expresamente en varios de los preceptos que lo regulan, supone siempre la primacía de la Ley Fiscal.»

«Considerando que como ha hecho acertadamente el Tribunal Provincial de Sevilla en su resolución, hay que distinguir en este caso, de una parte los legados de cantidad fija en metálico, que habían de satisfacerse simplemente con cargo al precio de la venta de la finca, legados evidentemente no sujetos a ninguna limitación en los que no existía indeterminación de cuantía que impidiera en su día liquidar el impuesto desde luego, de suerte que, a lo sumo se suspendió en ellos tan solo la ejecución de la disposición testamentaria, conforme previene el artículo 799 de Código civil; y de otra, los legados de una parte del precio que se obtenga al vender el inmueble, en los que no cabía exigir el impuesto hasta que la venta se efectuase y se determinasen y cifrasen las partes en que las mandas consistían.»

«Considerando que a la primera clase de legados, el Tribunal Provincial ha aplicado con acierto la doctrina de este Tribunal Central en su resolución de 7 de abril de 1936, según la cual los legados cuyo pago ha de realizarse cuando se venda una finca no están sujetos a condición suspensiva, porque el derecho al legado está adquirido y realmente la entrega es la que está sujeta a condición; y por lo que respecta a los restantes, ha tenido en cuenta la existencia de un precepto—el apartado 6 del artículo 57 del Reglamento—tradicional ya en esta materia, reproducción del artículo 6 de la Ley de 21 de marzo de 1958 y que ha pasado con casi idénticas palabras al artículo 9 del actual. Texto refundido, que no se refiere tan solo a las condiciones y términos sino que alude explícitamente a 'cualquier otra manera de limitación', precepto que al amparo de la primacía antes puesta de manifiesto, de la Ley Fiscal, ha de prevalecer y permite en casos como el que ha de resolverse que queden a salvo los legítimos intereses de la Hacienda.»

«Considerando que, aparte de que, como recuerda el propio Tribunal, la señora testadora fijaba un plazo de tres años para la venta y entrega del legado, éste, según las palabras de aquélla, consistía precisamente en el precio de la venta; y no sería justo que si la herencia cualesquiera que fueren los motivos, fue remisa en vender la finca, y como consecuencia, en determinar y entregar el precio, que era lo legado, y a su vez los legatarios no ejercitaron las acciones que pudieran ostentar para reclamar el puntual cumplimiento, tal retraso repercutiera en injustificado perjuicio de un tercero—la Hacienda Pública—declarando prescrito un derecho—el de li-

quidar el impuesto—que no podía ejercitar hasta que, con la perfección del contrato, se conociera el precio y, por consiguiente, la participación en el mismo que correspondía a cada legatario; criterio tan justo como razonable que en cierto modo encuentra también apoyo en el apartado 5 del mismo artículo 57 del citado Reglamento que contempla al supuesto de que no pueda determinarse de una manera cierta quién sea el adquirente o la cuantía de la participación hereditaria y dispone el aplazamiento de la liquidación.»

«Considerando que la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación prescribe por el transcurso de 10 años en el Impuesto de Sucesiones, según lo preceptuado en el artículo 132 del texto refundido del citado Impuesto, y artículo 64 de la Ley General Tributaria, contados desde el día del devengo del impuesto, que es el del fallecimiento de la causante, artículos 29 y 65, respectivamente, de las expresadas leyes, acaecido el 1 de enero de 1962, pero que en los casos, como en el presente, en que no podía determinarse la cuantía de los bienes legados, hasta que se produjera la venta de la finca 'San Joaquín', cuyo importe constituía por expresa voluntad de la causante la base para determinar —previas ciertas deducciones—la de los legados por aquélla ordenados, no podía ejercitarse tal acción por la Administración y, por tanto, sólo a partir de la fecha de la venta, es decir, la de 18 de enero de 1972, empezó a correr el citado plazo de prescripción, por lo que es indudable que cuando se practicaron las liquidaciones impugnadas, no había prescrito el derecho a liquidar el impuesto por los citados legados consistentes en partes alícuotas del precio, deducidas ciertas cantidades, que se obtuviera en la venta de la expresada finca 'San Joaquín'.»

«Considerando que es interesante recordar el criterio seguido y razonado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de noviembre de 1956 en el caso de una herencia en la que el causante encargó a los ejecutores testamentarios que vendieran sus bienes—en buena parte inmuebles sitos en el extranjero—convirtiéndolos en dinero con cargo al cual pagarían deudas y legados, dividiendo el sobrante por partes iguales entre las hermanas del testador, residentes en España, y la Abogacía del Estado competente para liquidar el impuesto no aplicó la exención invocada de que disfruta la transmisión de inmuebles sitos fuera del territorio nacional, lo cual fue confirmado por el Tribunal Provincial y luego por el que dicta esta resolución; criterio, el de la sentencia, que vino a ratificar tanto el de la Jurisdicción Económico Administrativa como el de la Oficina gestora, al afirmar que es 'incuestionable que lo real y únicamente transmitido mediante esa disposición testamentaria a las hoy recurrentes fue el dinero obtenido por la enajenación ordenada expresa y claramente por el causante de los bienes hereditarios a los que la misma alude, careciendo, consiguientemente de aplicación en este pleito los artículos 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento del Impuesto, ambos en su número primero, en los que ha sido apoyada su petición de exención, porque limitado en ellos este beneficio tributario a los actos y contratos relativos a bienes inmuebles y derechos reales situados en el extranjero o en territorio exento, es por lo que queda expuesto, visto que, al haberse ordenado por... en su citado testamento la venta y realización de todos sus bienes y derechos por sus Albaceas para la distribución de su importe entre sus hermanas, las ahora demandantes, no les transmitió esos bienes y derechos y sí, tan sólo, su valor dinerario, a adquirir por las mismas en la forma prevista por el artículo 1.069 del Código civil'.»

La resolución que antecede es a nuestro juicio tan justa y tan plena de razonamiento, contenido y acierto interpretativo desde el punto de vista del Derecho Fiscal, que no creemos procedente añadir nada a lo dicho en la misma por el Tribunal Central.

DERECHO DE LEVANTE. PROPIEDAD HORIZONTAL Y ADJUDICACIONES DE PISOS Y LOCALES. DISOLUCION DE SOCIEDAD (RESOLUCION DEL T. E. A. C. DE 24 DE OCTUBRE DE 1974).

Mediante escritura pública otorgada en Barcelona el 10 de julio de 1972, la Entidad mercantil «Inmobiliaria Azul, S. A.», las señoras doña Rosa, doña Margarita Ferrer Giménez y don Eduardo Vives Romagosa, declararon que la primera era dueña de un solar sito en Barcelona, con una superficie de 693,65 metros cuadrados y determinada edificación; y que los restantes señores eran titulares de unos derechos de vuelo que les autorizaban a construir sobre el edificio existente en el solar indicado; que en ejercicio de sus respectivos derechos los comparecientes estaban construyendo un edificio, cuya declaración de obra nueva hicieron a continuación valorándolo en 11.100.000 pesetas; procediendo, por último, a constituir el inmueble en régimen de propiedad horizontal, describiendo y adjudicando a los distintos copartícipes los diferentes pisos o departamentos independientes que lo integraban.

Presentada la escritura en la Oficina Liquidadora de Barcelona, se giraron dos liquidaciones a cargo de «Inmobiliaria Azul, S. A.», la primera por el concepto Actos Jurídicos Documentados, y la segunda—que es la única reclamada—por el concepto Sociedades, número 8 de la Tarifa al 1,70 por 100, sobre la base de 20.000.000 pesetas. Contra esta liquidación se interpuso reclamación ante el Tribunal Provincial, razonándose que la liquidación se giraba sobre un supuesto acto jurídico de disolución de Sociedad que jamás había existido, porque los distintos partícipes habían construido el edificio con entera separación de sus intereses respectivos, encargando directamente la obra a una tercera persona sin que existiera comunicación de bienes ni fondo común, por todo lo cual la entidad recurrente solicitaba se declarase la nulidad de dicha liquidación, acompañando como prueba los diversos contratos suscritos, en documentos privados separados, por cada uno de los partícipes con el constructor del inmueble.

El Tribunal Provincial dictó resolución argumentando que era imposible material y económicamente la construcción con entera independencia de los diversos pisos y locales de un solo edificio, por cuya razón era absolutamente precisa la puesta de bienes y dinero en común por los distintos titulares, siendo indudable la vinculación creada entre ellos; y que por otra parte los preceptos legales imponían la práctica de la liquidación por disolución de Sociedad, debiendo en consecuencia confirmarse el acto administrativo reclamado.

Con reproducción de las alegaciones de la primera instancia se entabló recurso de alzada, que fue desestimado por el Tribunal Central en base a la siguiente doctrina:

«Considerando que, en el caso de que se trata, se trata de una escritura pública otorgada entre los comuneros o copropietarios de un inmueble y de la edificación construida sobre el mismo, por la que después de declarar la obra nueva expresada—procedieron a ordenar o constituir el nuevo edificio en régimen de propiedad horizontal, describiendo los distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente en que aquél quedaba dividido y adjudicándose tales pisos o locales con sus elementos comunes anejos e inseparables en proporción a sus respectivas participaciones dominicales y derechos; y como el solar y la edificación de referencia fueron adquiridos por dichos interesados por sendos títulos onerosos, es visto que el supuesto planteado no puede por menos de estimarse incluido en el artículo 57.2 de la Ley del Impuesto y en sus indeclinables consecuencias tributarias;»

«Considerando que, frente a tal inclusión, razona virtualmente la Socie-

dad recurrente que, en virtud de lo convenido por los interesados, el nuevo edificio nació *ab initio* en régimen de propiedad horizontal, por lo que, en realidad, ese régimen no fue creado por la escritura pública liquidada sino que esta se limitó a ejecutar lo que anteriormente se había estipulado, describiendo más concretamente los pisos o locales que a cada interesado pertenecían, pero sin que contuviera en realidad adjudicaciones de los mismos, que estaban ya convenidas o definidas antes de comenzar la construcción;»

«Considerando que las alegaciones aludidas no pueden ser estimadas: 1.º Porque la nueva edificación, hasta el momento del otorgamiento de la escritura de cuya liquidación se trata, pertenecía evidentemente a los dueños del suelo o titulares de derechos sobre el mismo, en la misma forma y proporción que aquél, puesto que, en primer lugar, ello resulta de los principios de la accesión recogidos en el artículo 359 del Código civil y, en segundo término, porque no cabe pensar que, sin la previa existencia de un acto o negocio jurídico susceptible de originar tales efectos, pudiera una situación jurídica tan anómala como la que, sobre un suelo y edificio poseído en una forma determinada, existiera una nueva construcción perteneciente a sus mismos titulares en una modalidad jurídica o régimen de propiedad diferente. 2.º No cabe tampoco sostener que el edificio naciera *ab initio* en régimen de propiedad horizontal, aun antes de otorgarse la escritura pública liquidada, porque, aparte otras obvias razones, la existencia de este régimen singular requiere inexcusablemente el previo otorgamiento del título constitutivo del mismo (art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal), que es el que lo ordena, constituye y regula (sentencia de 9 de junio de 1967); y, por tanto, antes de dicho otorgamiento, podrían existir entre las partes pactos o vínculos obligacionales, de mayor o menor eficacia o efectividad, dirigidos a la constitución futura de la repetida figura, pero en modo alguno un régimen de propiedad horizontal de la edificación comenzada o terminada, que no pudo darse hasta que el título constitutivo la originó. 3.º Carecería también de sentido suponer que la construcción del edificio se hizo ya en régimen de propiedad horizontal, porque esa figura jurídica no es un procedimiento o sistema regulador de la construcción de edificaciones entre varios interesados sino un régimen de goce de la propiedad de tales edificaciones, con especiales derechos y obligaciones atinantes a las facultades dominicales ejercitables sobre ellas;»

«Considerando que, precisamente el otorgamiento por los interesados de la escritura o título constitutivo de la propiedad horizontal con los requisitos señalados en el artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960, hizo nacer ese régimen especial establecido en el artículo 396 del Código civil, regulado en la citada Ley, de carácter marcadamente imperativo (resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 16 de septiembre de 1967), al que—a partir de la fecha de aquel título—quedó sometida la edificación y el suelo por ella ocupado, partiendo entonces a las partes interesadas una verdadera división material entre los copropietarios, con uno de aquellos en calidad de dueños singulares y exclusivos, el derecho abstracto e indeterminado que anteriormente tenían sobre la totalidad, convirtiéndolos así en propietarios plenos y excluyentes de su nueva parte material; por cuyas razones el Tribunal Supremo tiene proclamado, en sentencia de 9 de julio de 1951, que la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal y la adjudicación de sus pisos entre sus copropietarios, es un medio de caer de la indivisión, y que esa división es de efecto traslativo;»

«Considerando que, por los fundamentos que anteceden y la inequívoca redacción del artículo 57-2 del texto refundido del Impuesto de Transmisiones, se impone la desestimación del recurso de alzada que se estudia y la

confirmación de la Resolución recurrida, reiterándose así el criterio mantenido por este Tribunal Central en su Resolución de 2 de marzo de 1972, declarada de interés general, y en la de 28 de mayo de 1973.»

COMENTARIO.—El concepto fiscal de disolución de Sociedad en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, aplicado a las adjudicaciones de locales y viviendas de edificios construidos por una pluralidad de titulares, es quizá uno de los más debatidos en los últimos tiempos, no solo en la doctrina, sino también a nivel de reclamaciones ante la jurisdicción económico-administrativa.

La constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal es, en la técnica fiscal, un acto jurídico documentado que tributa por el número 38 de la Tarifa. Si ese edificio ha sido construido por una pluralidad de propietarios, que adquirieron pro indiviso el solar, normalmente la constitución en régimen de propiedad horizontal va seguida de una cesación de comunidad, mediante realizar la adjudicación a cada uno de los comuneros de una o varias viviendas o locales en pago de su cuota en aquella comunidad que se disuelve. Entonces fiscalmente nos encontramos con una disolución de Sociedad que tributa por el número 8 de la Tarifa al 1,70 por 100, estando recogido el acto tributable en el artículo 57-2 de la Ley del Impuesto.

No obstante, la cuestión que tratamos no siempre ha sido clara, pues todavía un acuerdo del T. E. A. C. de 3 de abril de 1968, resolviendo recurso extraordinario interpuesto por la Dirección de lo Contencioso, declaró que la división en forma de propiedad horizontal de un edificio, mediante adjudicación de pisos o locales del mismo susceptibles de aprovechamiento independiente, «manteniendo el régimen de comunidad respecto de los elementos indivisibles del mismo inmueble», no constituye la división material de bienes poseídos en proindivisión definido como acto sujeto por el artículo 57-2. Pero esta doctrina legal tuvo poca vigencia, pues en seguida, concretamente por la Ley de 30 de junio de 1969, se amplió el texto del artículo 57-2 de la Ley, con esta declaración que echaba por tierra la doctrina del citado acuerdo del Tribunal Central: «A los efectos de este artículo se considerará como división material de bienes poseídos pro indiviso la adjudicación realizada entre los comuneros de los pisos o locales de un edificio o parte de ellos, susceptibles de aprovechamiento independiente, con sus elementos comunes anejos.» Lo cual quiere significar, como ya dijo el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de julio de 1951, que la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal y la adjudicación de sus pisos entre sus copropietarios, es un medio de salir de la indivisión y de aplicar el sentido del párrafo segundo del artículo 401 del Código Civil añadido por la Ley de 21 de julio de 1960. Por tanto hoy, en los casos normales de copropietarios de solar que en régimen de comunidad construyen y luego se adjudican—previa constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal—los diversos pisos y locales, no cabe la menor duda de la procedencia de la tributación por el concepto de disolución de Sociedad.

Pero la cuestión se complica al ofrecernos la práctica diaria, cada vez con mayor frecuencia, ciertas fórmulas de construcción y obtención de viviendas que se salen del cuadro típico de la comunidad, aunque intervengan una pluralidad de personas, negándose la aplicación a esas fórmulas de construcción del concepto fiscal de disolución de Sociedad. Se trata de aquellos casos en que una pluralidad de personas, desde el momento que adquieren el suelo o solar, determinan los pisos, locales o departamentos que a cada uno corresponden, de modo que cada uno de ellos es dueño *ab initio* de cada piso o local sin que se interfiera entre ellos una situación de pro indiviso. Cuando el edificio está concluido no hay adjudicación de sus diferentes departamentos a los distintos titulares de los mismos, pues cada uno de ellos ha construido su propio departamento y,

entre todos, el bloque o edificio. O sea, que no se sigue el proceso clásico de compra del solar, construcción en común, constitución de la propiedad horizontal y cesación de comunidad, sino que a la compra del solar sigue la «construcción en propiedad horizontal» del edificio; cada uno construye su propio piso o local, cuya adquisición se efectúa, no por una disolución de comunidad que no ha existido, sino por el juego propio de la accesión.

Llegado este punto es preciso preguntarse si en el supuesto referido es aplicable o no el concepto fiscal de disolución de Sociedad. MANUEL DE LA CÁMARA, en *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, considera que no es aplicable, ya que el artículo 57-2 sólo contempla el supuesto de comunidades que se constituyen en proindivisión ordinaria, y que después de terminado el edificio se acogen al régimen de propiedad horizontal con adjudicaciones de los pisos a los diferentes condueños. Pero en el supuesto que estudiamos no hay tales adjudicaciones, pues el edificio se «construye en régimen de propiedad horizontal», cuyo título constitutivo puede y debe otorgarse al mismo tiempo de la adquisición del solar, siempre que el edificio en ese momento esté definido, aunque la construcción material del mismo ni siquiera se haya iniciado. Para este autor, si bien la propiedad horizontal sólo cabe constituir la respecto de edificios cuya construcción esté concluida o por lo menos comenzada (art. 8-4 de la Ley Hipotecaria), técnicamente cabe sostener que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado «definido» mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, con base al cual se describirá el edificio, los pisos que vayan a integrarlo, las personas a quienes corresponda cada uno, las cuotas de los departamentos que han de coincidir con los coeficientes de participación en el solar, etc. Los efectos que se derivan de esta fórmula son dos, como dice el indicado autor: En primer lugar, el solar deviene elemento común; y en segundo lugar, el juego de la accesión queda modalizado, de forma que a medida que la construcción avanza cada comunero va consolidando los derechos que han de corresponderle, tanto sobre las partes privativas como sobre los elementos comunes.

La mayor parte de la doctrina, sin embargo, con apoyo en el citado precepto de la Ley Hipotecaria, considera o entiende que no es posible hoy por hoy la constitución del régimen de propiedad horizontal respecto de un edificio simplemente proyectado o definido. Como dice JOSÉ LUIS ALVAREZ en *Título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, no hay inconveniente en que al describir el solar, el propietario—o la pluralidad de propietarios—manifieste que se propone construir una casa de tales características, en la que están proyectados tantos pisos, pero, naturalmente, esa manifestación no tiene trascendencia registral, no es declaración de obra nueva ni siquiera en construcción y, no cabe por tanto, establecer un régimen de propiedad horizontal.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de abril de 1971—que combate MANUEL DE LA CÁMARA—ha declarado que en presencia de una comunidad de constructores hay que distinguir dos comunidades distintas: la comunidad para la construcción y la comunidad en régimen de propiedad horizontal, que sólo nace cuando el título constitutivo de la misma se otorga, lo cual sólo es posible, según la mayor parte de la doctrina, cuando el edificio está construido o en construcción.

Por su parte el Tribunal Central, en esta resolución que comentamos, manifiesta su pensamiento de que mientras no se otorgue el título constitutivo de la propiedad horizontal, el edificio con todos sus componentes pertenece a los dueños del suelo en la misma forma y proporción que éste, cualesquiera que sean los pactos que medien entre los titulares sobre la construcción de los distintos departamentos, declarando asimismo la imposibilidad de «construir un edificio en régimen de propiedad horizontal», porque esta figura jurídica no es un procedimiento o sistema regulador de

la construcción de edificaciones entre varios interesados, sino un régimen del goce de la propiedad de tales edificaciones, con especiales derechos y obligaciones atinentes a las facultades dominicales ejercitables sobre ellos. Para el Tribunal Central, pues, y esto es lo que queremos destacar, no es posible ni jurídica ni físicamente asignar a cada uno de los constructores un piso o local, sin que medie una división materializadora del derecho que cada uno ostenta en la comunidad de construcción.

No hay que olvidar que la propiedad horizontal puede surgir también con base en un derecho de vuelo o de levante sobre un edificio o construcción preexistente, figura jurídica que regula, como es bien sabido, el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario. El dueño de un edificio puede reservarse para sí, al enajenarlo o transmitirlo a otra persona, el derecho de elevar una o más plantas, haciendo suyas, es decir propias, las nuevas plantas que se construyan. El ejercicio por su titular del derecho de levantar nuevas plantas desemboca ineludiblemente en un régimen de propiedad horizontal, y es por ello por lo que el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario exige que se determinen en el título correspondiente, para que luego consten en la inscripción, ciertos requisitos como son: a) Especificación del número de plantas que pueden elevarse; b) las cuotas que a las mismas hayan de corresponder en los elementos y gastos comunes, o por lo menos, las normas que se establezcan para su determinación; c) las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción.

En el caso objeto de la resolución que comentamos parece que se operaba sobre la base de unos derechos de vuelo que sobre el solar y edificación preexistente de «Inmobiliaria Azul, S. A.», tenían los otros interesados. Sin embargo, los hechos no están nada claros, pues en el resumen de los mismos parece que tanto la inmobiliaria como los demás interesados, declaran una obra totalmente nueva, que constituyen en régimen de propiedad horizontal adjudicándose seguidamente los diferentes departamentos que integraban aquélla. No sabemos nada más.

Pero no queremos terminar este comentario sin hacer unas breves consideraciones sobre el tratamiento fiscal del derecho de levante y su ejercicio. Partimos del supuesto de un derecho de levante que se transmite por el propietario del edificio, sobre el cual, el titular de aquel derecho, en ejercicio del mismo, levanta las plantas autorizadas. Es claro que existe un primer acto liquidable, la constitución del derecho real de levante, sujeto al Impuesto de Transmisiones por el artículo 54-2 de su Ley reguladora, y gravado por el número 3 de la Tarifa al 7,40 por 100, o por el número correspondiente de la Tarifa de Sucesiones si el título constitutivo del derecho es la donación. El problema pudiera surgir en cuanto a la determinación de la base imponible; pero a nuestro juicio el problema es de fácil solución, pues conociendo la cuota o cuotas que en los elementos y gastos comunes se haya asignado a las nuevas plantas a construir, basta con que el Servicio de Valoración Urbana de Hacienda determine el valor del solar, elemento común, para que aplicando aquellas cuotas a dicho valor, conozcamos la base imponible del derecho de levante. El ejercicio de tal derecho, es decir, la construcción de las nuevas plantas, debe motivar una declaración de obra nueva, acto jurídico documentado, que tributa por el número 38 de la Tarifa al 0,50 por 100, sobre el valor comprobado de las nuevas plantas edificadas. Y como el ejercicio del derecho de levante desemboca en un régimen de propiedad horizontal, la constitución de este régimen es otro acto jurídico documentado que cae bajo el gravamen de dicho número 38 de la Tarifa, sobre la base del valor comprobado del total edificio, y esto—aunque reconocemos que es discutible—aunque la edificación preexistente sobre la cual se han levantado las nuevas plantas estuviera anteriormente constituida en régimen de propiedad horizontal, pues la ampliación de la misma encierra en cierto modo una modificación de aquel régimen.

Y con todo ello se agota la incidencia del Impuesto de Transmisiones

en el supuesto examinado, pues aquí no creemos que se pueda aplicar el concepto fiscal de disolución de Sociedad, porque real y jurídicamente, a nuestro entender, no ha existido una comunidad de construcción; el dueño de la edificación preexistente y el titular del derecho de levante que lo ejercita, no se encuentran en una situación de proindiviso sobre el total edificio antes de constituir éste en régimen de propiedad horizontal. El primero ya es dueño de un objeto perfectamente delimitado y existente, y es dueño con carácter exclusivo; el segundo lo será a su vez cuando concluya la elevación, sin necesidad de específicas adjudicaciones a uno ni otro de los diferentes departamentos que integran el edificio.

Claro que puede suceder que la titularidad del derecho de levante corresponda a una pluralidad de sujetos en régimen de comunidad la cual ha de resolverse en su día—si no quieren continuar en comunidad respecto de lo que edifiquen—mediante las oportunas adjudicaciones, a las que sí sería aplicable el artículo 57-2 de la Ley del Impuesto. Como también puede suceder que la contraprestación del concesionario del derecho de levante al concedente consista en la transmisión de algún piso o local de nueva planta, en cuyo caso el supuesto haría tránsito a una permuta.

DECLARACION DE OBRA NUEVA, CONSTITUCION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y CESASION DE COMUNIDAD MEDIANTE ADJUDICACION DE LAS FINCAS INDEPENDIENTES (RESOLUCIÓN DEL T. E. A. C. DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

En escritura autorizada el 12 de agosto de 1971, «Construcciones Alcalá, S. A.» y el «Banco de Santander», declaran la obra nueva de la estructura descrita en el antecedente 3.º de la exposición de la misma escritura, construida en un solar que les pertenecía en cuanto al 75 por 100 a la primera de dichas Sociedades, y en cuanto al 25 por 100 a la otra Sociedad; en la misma escritura dividieron la estructura objeto de la declaración de obra nueva y también el proindiviso, mediante la adjudicación de cada una de las tres partes de dicha estructura, que se describieron como fincas A, B y C en el exponente 4.º de la escritura, cuya titularidad dominical se atribuyeron: en propiedad exclusiva del «Banco de Santander, S. A.», la finca A, y en propiedad exclusiva de la otra Sociedad la finca B; y en copropiedad, la finca C, con la cuota de 1/7 y 6/7 respectivamente.

En vista de dicha escritura la Oficina Liquidadora correspondiente giró las siguientes liquidaciones: la número 113, por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, Título Obra Nueva y División, número 38 de la Tarifa, base imponible 43.953.770 pesetas; y la número 114, concepto Sociedades, Título Extinción de Comunidad, número 8 de la Tarifa, al 1,70 por 100 sobre una base imponible de 26.975.840 pesetas.

«Construcciones Alcalá, S. A.» reclamó en vía económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, aceptando la liquidación número 114 por Extinción de Comunidad y la número 113 en cuanto al concepto de Obra Nueva, pero impugnando dicha liquidación número 113 en la parte relativa al concepto, digamos de División Horizontal, fundando su discrepancia en que estando sujeta, como es el caso, la división al Impuesto de Transmisiones, no debe tributar por Actos Jurídicos Documentados de conformidad con el artículo 100-2 de la Ley.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación confirmando íntegramente las liquidaciones practicadas, basándose en que el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados vino a someter a imposición la declaración de obra nueva y la constitución del régimen de propiedad horizontal, sin que exista duplicidad impositiva.

Entablado recurso de alzada ante el Tribunal Central se decretó

éste la anulación de la liquidación número 113 referente a Actos Jurídicos Documentados, que «se sustituirá por otra en la que la base imponible tenga en cuenta exclusivamente el valor de la obra nueva»;

Considerando que la distribución y atribución individualizada de los pisos, es precisamente el modo o instrumento de llevar a efecto o consumir la división de lo poseído en común, la división de la casa en pisos no puede conceptuarse como un acto o contrato autónomo, con sustantividad propia y distinta del acto de casación de comunidad, sino como uno de los modos o formas, de los varios previstos en los artículos 400 y siguientes del Código civil, de materializar la división de bienes poseídos en comunidad; de donde se infiere que si la cesación de tal comunidad constituye un hecho imponible, equiparado fiscalmente a la disolución de Sociedad y sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, la división de la casa en pisos o locales independientes, no puede sujetarse, como acto o contrato diferente de aquél, al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, pues ello equivaldría a descomponer un negocio jurídico único y tipificado como tal en el Derecho sustantivo, en otros distintos atípicos, integrantes de aquél, para gravarlos separadamente, lo que además de constituir una contravención del principio general contenido en el artículo 79 del texto refundido del Impuesto, a cuyo tenor, a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho, vulneraría la norma general de sujeción contenida, respecto al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, en los apartados 2 y 4 del artículo 100 del citado texto legal, que declara no sujetos al número 38 de la Tarifa los actos y contratos practicados en escritura pública que tengan por objeto cantidad o cosa valuable, si tales actos o contratos aparecen sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

COMENTARIO.—El régimen de comunidad en la construcción de edificios tiende a ser temporal, a extinguirse una vez concluida la edificación, mediante la adjudicación a los copropietarios constructores, de pisos y locales en pago de sus respectivas participaciones en la comunidad. Tales constructores, dueños en la proporción que sea del solar, han de manifestar o declarar la obra nueva por ellos realizada sobre dicho solar, y ya se destinen los pisos y locales a la venta o ya quieran, sin enajenación, materializar su participación en el proindiviso mediante adjudicarse las correspondientes partes separadas del edificio, han de proceder, como acto previo a la disolución de la comunidad, a constituir el edificio en régimen de propiedad horizontal, dividiéndolo en tantas cuantas sean las fincas susceptibles de aprovechamiento independiente. Si todo ello, como en el caso objeto de la Resolución, se formaliza en una sola escritura pública, parece que el contenido jurídico de ésta es triple: a) Declaración de obra nueva; b) constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal con especificación de los locales y pisos que lo integran y sus elementos comunes; c) extinción de la proindivisión en cuanto a dichos pisos y locales, la cual extinción se produce como consecuencia de las adjudicaciones que a cada uno de los interesados se haga.

No es propio de estas notas llevar a cabo un estudio de la naturaleza jurídica de dichos tres actos, pero sí conviene perfilar someramente sus características. El primer acto jurídico que documenta la escritura de referencia es la declaración de obra nueva, tendente a constatar regístralmente el hecho de la construcción o modificación física de la finca solar existente, para que en lo sucesivo el Registro de la Propiedad publique la realidad material o física de la finca.

El segundo acto jurídico que se documenta es el relativo a la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, que como dice ROCA SASTRE en su *Derecho Hipotecario*, tomo III, 6.ª edición de 1968, pág. 620, no implica división material de la finca edificada, sino sujeción o sometimiento de la misma al régimen específico de propiedad horizontal,

cuya característica esencial es la de atribuir por cada piso o local dos derechos: un derecho de propiedad separada privativa para cada uno de ellos, y otro derecho de copropiedad sobre los demás elementos de la finca-edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, como anejo inseparable de aquel derecho de propiedad principal privativa.

Constituido en régimen de propiedad horizontal el edificio, si éste pertenece a varias personas en común, cada uno de los pisos y locales que integran el dicho edificio continúa perteneciéndoles en común y en la misma proporción, no obstante la constitución del régimen de propiedad horizontal. Ahora bien, una vez establecido dicho régimen se está en la posibilidad de cesar en la proindivisión, mediante la adjudicación a cada interesado de los locales y pisos que con arreglo a su participación en el proindiviso que cesa, le correspondan.

Si todo lo expuesto es cierto, y creemos que lo es, hay que distinguir como dice ROCA SASTRE, la constitución del régimen de propiedad horizontal, y la división propiamente dicha como cese de la comunidad. Por eso, en la escritura que motivó la liquidación impugnada se contenían varias convenciones utilizando la terminología del artículo 79 de la Ley del Impuesto, y lo que procede ahora es ver si tales convenciones están sujetas al Impuesto separadamente en la Tarifa, como sostenía la Oficina Liquidadora y el Tribunal Provincial, o si no es así, como sostenía el recurrente a quien da la razón el Tribunal Central.

Nuestro criterio queda anticipado con todo lo dicho antes. En el campo fiscal la constitución del régimen de propiedad horizontal es algo no sujeto al Impuesto de Transmisiones, como también, es acto no sujeto la mera declaración de obra nueva. Y es que la «división material de bienes poseídos proindiviso» de que nos habla el artículo 57 de la Ley del Impuesto, no puede referirse a la división horizontal ni a ningún otro tipo de pura división física de fincas. Se refiere a las divisiones de comunidad como cese o extinción de las mismas mediante adjudicaciones a los comuneros de bienes de la comunidad, que muchas veces no requieren una división física de los mismos. En cambio la adjudicación a los comuneros de las partes individualizadas del inmueble, es acto claramente sujeto al Impuesto de Transmisiones, por el concepto de disolución de Sociedad, según resulta del artículo 57-2 de la Ley del Impuesto.

Entonces si los dos primeros actos, obra nueva y propiedad horizontal, no están sujetos a Transmisiones, deberán estarlo al de Actos Jurídicos Documentados, y esto aunque en la enumeración de los actos sujetos al Impuesto en su vertiente de Actos Jurídicos Documentados, no se comprendan nominalmente ni la obra nueva ni la propiedad horizontal.

De la combinación de los apartados 1-g, 2 y 4 del artículo 100 de la Ley, resulta evidente a nuestro modo de ver, que la obra nueva y la propiedad horizontal son actos jurídicos que tienen por objeto directo cantidad o «cosa valuable» susceptible de ser determinada, y no están sujetos al Impuesto de Transmisiones, con lo que se cumplen los presupuestos necesarios para que fuera exigible el tributo por Actos Jurídicos Documentados como entendieron tanto la Oficina Liquidadora como el Tribunal Provincial.

J. A. B.

LIBROS



ABAD BURRUEZO, JOSÉ: *Estudio de los problemas de titularidad jurídica de las personas jurídicas*. Publicaciones de la Caja de Ahorros Provincial de la Excma. Diputación de Alicante. Alicante, 1975.

Constituye el objeto de esta recensión una interesante aportación, que literariamente cabría calificar de ensayo, sobre los aspectos fundamentales con que el profesional del Derecho se encuentra al enfrentarse con las personas jurídicas.

Mientras en la persona física, la personalidad jurídica, atributo de la misma, tiene unos perfiles claramente delimitados, en la persona jurídica dicha personalidad y, por ende, la capacidad de obrar, viene condicionada por actos jurídicos formales e independientes de la estricta voluntad de sus componentes.

El autor de la obra afirma que su meta en ésta no es llevar a cabo una exposición doctrinal exhaustiva sobre el tema indicado, sino llamar la atención sobre el problema en su conjunto, puntuando rápidamente los supuestos y la normativa básica aplicable, susceptibles de un particular desarrollo posterior.

En los siete primeros capítulos, ABAD BURRUEZO, se introduce en la teoría general de las personas colectivas y en la problemática de su existencia, sus clases, su capacidad y representación en el Código civil y en la Legislación vigente. Analiza ciertos tipos dudosos de personas jurídicas tales como: Sociedades de Colonización; Asociaciones de propietarios para urbanizar; heredamientos canarios; agrupaciones cerealistas y Entidades Urbanísticas colaboradoras, en los que se hace difícil determinar si se trata de entes con personalidad o simples comunidades de bienes, y en el primer caso su encuadramiento en la esfera del Derecho público o privado.

En sucesivos capítulos, examina las personas jurídicas en particular: el Estado, su capacidad, órganos con regímenes especiales, sujetos sin personalidad, sujetos personificados y Organismos Autónomos, con una bien presentada clasificación de los mismos por razón del fin que persiguen.

No podía faltar a su minuciosa referencia, una completa relación de Entes territoriales, la Iglesia Católica, Movimiento Nacional, Organización Sindical, Entidades de finalidad varia (Grupos Sindicales de Colonización, Comunidades de regantes y Cooperativas), Colegios Profesionales, Fundaciones y Asociaciones de interés no lucrativo y de interés particular.

A pesar de la finalidad meramente orientativa del libro en cuestión, su utilidad como manual de primera consulta es indudable, en cuanto señala el camino a seguir y los textos a examinar en cada caso. Sólo un estudio riguroso de éstos, reconoce el autor a manera de conclusión general, puede darnos la contestación definitiva respecto al supuesto planteado, pues frente a una formal declaración de personalidad jurídica, son los preceptos legales o reglamentarios específicos, los estatutos, las escrituras

de constitución etc., los que contienen los límites de cada actuación concreta y los presupuestos para operar válida y eficazmente que exigen un juicio de valor al órgano calificador.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

ARROYO GARCÍA, JUAN; MASÍA BUFORN, GINÉS, y REBÉS SOLÉ, JOSÉ ENRIQUE: *La práctica de la plusvalía*. XXXVIII Seminario de Investigación. Instituto de Estudio de Administración Local. Madrid, 1975.

El Manual que hoy presentamos, es un compendio de las cuestiones planteadas en el seno del XXXVIII Seminario de Investigación promovido por el Instituto de Estudios de Administración Local, en torno al llamado «Arbitrio sobre el Incremento del valor de los Terrenos» o «Plusvalías», regulado fundamentalmente en los artículos 510 a 524 de la Ley de Régimen Local.

Concebido fundamentalmente, como un libro de consulta en el que destacan la sencillez de su estructura y la claridad de su contenido, lleva fácilmente de la mano al Jurista en particular y al no iniciado en general, resolviéndole una amplia gama de preguntas que hacen verdaderamente fructífero su manejo.

Así, en el capítulo I, es objeto de especial consideración, el *hecho impositivo*, consistente en «una transmisión de dominio que pone fin a un período de tiempo, que no podrá exceder de treinta años y durante el cual se ha producido un incremento de valor de un terreno no afectado a explotaciones agrícolas, forestales, ganaderas o mineras, o que estándolo, tiene la consideración legal de solar».

La definición de *solar* a la que hay que acudir a los efectos de este Arbitrio, es la contenida en la Ley de Régimen Local y no la que resulta de la Ley del Suelo.

A propósitos de las *urbanizaciones particulares*, se dice que éstas quedan sujetas al arbitrio, si bien las obras realizadas deben conceptuarse como mejoras, y, en consecuencia serán objeto de la correspondiente deducción.

Es opinión unánime la de que, los terrenos ocupados por *casas de labor*, como elementos integrantes de una explotación agrícola, no deben quedar sujetos al arbitrio, siendo evidente la sujeción, en cambio, de las *fincas* cuyo carácter suitario o de recreo es indudable.

Finalmente, el Seminario pone de manifiesto, las dificultades que surgen para determinar en las *subastas judiciales*, la persona sobre la que debiera recaer el arbitrio, definiéndose posiciones contrarias a la solución legal y al criterio mantenido por la Jurisprudencia.

En el capítulo II, relativo a los *sujetos pasivos* y obligados al pago, se tratan cuestiones tales como, la irrelevancia de los posibles *pactos* entre adquirentes y enajenantes, en cuanto no vinculan a la Administración Municipal, y la exigibilidad del arbitrio en casos de *expropiación forzosa*.

Los problemas de interpretación que surgen en lo tocante al *devengo del arbitrio*, son examinados minuciosamente en el capítulo III, donde se reconoce una cierta discrecionalidad a los Ayuntamientos cuando se trate de *documentos privados*, para fijar la fecha y proceder a la oportuna liquidación. Asimismo, el Seminario acepta la propuesta de la Ponencia en el sentido de que se liquiden independientemente la transmisión del *dominio útil* y la del *directo*, siendo por otro lado unánime el parecer de

que en los supuestos de *fusión de Sociedades* se practique la liquidación correspondiente siempre que se trate de bienes sujetos al arbitrio.

Dentro del capítulo IV, dedicado a la determinación de la *base impositiva*, son particularmente interesantes los criterios que se recogen en relación con: la deducción de las llamadas *mejoras permanentes* (conceptos que se incluyen, valoración y subsistencia de las mismas); deducción de las *contribuciones especiales*; liquidaciones a practicar en caso de *disolución de comunidad* de bienes sujetos al arbitrio, y normativa aplicable a las transmisiones de derechos de *usufructo, uso y habitación*, que será la contenida en el Decreto de 6 de abril de 1967.

Sucesivamente en los capítulos V a X se abordan una serie de problemas que atañen a: *Indices trienales y tipos de gravamen; exenciones, bonificaciones y condonaciones*, (revistiendo particular importancia las conclusiones a las que se llega en materia de Viviendas de Protección Oficial); *Tasa de equivalencia* (como modalidad de arbitrio aplicable a los terrenos propiedad de Sociedades, Asociaciones, Corporaciones y demás Entidades de carácter permanente); cómputo del plazo e interrupción de la *prescripción*, y normas de *gestión y procedimiento*.

En el capítulo X, se examina el alcance de la *nota registral*, al margen de la inscripción de los terrenos sujetos al arbitrio, a que se refiere el artículo 110 del Reglamento de Haciendas Locales en relación con el artículo 519 de la Ley de Régimen Local. El Seminario llega a dos conclusiones: Primera, la de que no podría prosperar la cancelación de la inscripción efectuada en el Registro de la Propiedad por haberse omitido el requisito de la presentación de la carta de pago acreditativa de haber satisfecho el arbitrio, o por la falta de justificación de haber presentado en el Ayuntamiento la preceptiva declaración jurada, pues el acto jurídico inscrito es válido, en cuanto a su fondo y lo que impone la Ley de Régimen Local y el Reglamento de Haciendas Locales se refiere a un aspecto formal. Todo ello, sin embargo, no obsta a la posible responsabilidad del Registro, por los perjuicios ocasionados al Ayuntamiento en inscripciones que resulten incobrables por haber operado la prescripción. Segunda, la de que el plazo de vigencia de la citada nota marginal (dos años) excesivamente corto, debiera ser ampliado.

Termina el manual (capítulo XI) refiriéndose a las condiciones y requisitos para hacer efectivo el recargo del 25 por 100 del arbitrio establecido por el artículo 188 de la Ley del Suelo y que en síntesis son: que los terrenos tengan las condiciones establecidas en los artículos 499 y 510 L. R. L.; que el Ayuntamiento tenga aprobada la correspondiente Ordenanza fiscal e índice de valoraciones; que los terrenos se encuentren incluidos en el Registro Municipal de Solares, y finalmente la existencia de un Presupuesto especial de urbanismo.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO: *Estudios de Derecho agrario y política agraria*. Madrid, 1975. Un volumen de 1026 páginas.

Dentro del amplio campo del Derecho y la Sociología, pocas materias habrá más sugestivas que la esfera agrarista y su entorno por tener un tinte humano que la hace atrayente de modo inevitable.

Existe en la actualidad, en nuestra Patria, como es sabido, un núcleo de estudiosos y profesionales dedicados al tema, casi todos ellos integran-

tes de la Asociación Española de Derecho Agrario, que aglutinó desde su fundación el día 16 de marzo de 1964, los trabajos apreciables, pero aún dispersos, de los iniciadores así como los de aquellos que posteriormente se han unido a sus tareas con el suficiente acierto para que ya se noten sus frutos perceptibles.

Del grupo de promotores, alma y vida siempre de la Asociación y actual Vicepresidente de la misma, no necesita presentación ni encomios ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Profesor de Derecho Agrario en la Universidad Complutense, Presidente del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario y, sobre todo, agricultor por cuna y agrarista por vocación.

Coincidiendo con el cumplimiento de lo que podríamos llamar las bodas de plata de su dedicación al Derecho agrario y a la causa de los hombres del campo, ALBERTO BALLARÍN ha recopilado y ordenado sistemáticamente casi todos sus anteriores trabajos, conferencias y publicaciones en un solo tomo que, además de facilitar su estudio o consulta, nos muestra de modo panorámico su evolución no sólo en el terreno puramente jurídico, sino en el campo social, de lo que se llama la política agraria.

En su libro *Derecho agrario* en 1965, el autor se propuso demostrar la especialidad de la materia, fijando sus relaciones con el Derecho común, del cual es desarrollo y adaptación, pero no excepción, por lo que el juzgador no debe interpretar sus normas restrictivamente. Esta obra, que ahora no enjuiciamos, quería tener un tinte puramente jurídico o científico, pretendiendo sin embargo resaltar los principios generales del Derecho especial agrario: como el autor ahora acertadamente señala, las disputas doctrinales no son, por regla general, abstractas ni inocentes; están cargadas de intención y por medio de la dialéctica jurídica se consiguen resultados sociales progresivos de enorme importancia a veces.

Entre los primeros trabajos, BALLARÍN prestó especial atención a la figura del arrendamiento rústico, comentando en la *Revista de Derecho Privado* las resoluciones jurisprudenciales sobre la materia, y en el trabajo titulado *La biología de los contratos agrarios* ya planteó la crisis de la explotación familiar de pequeñas dimensiones, que debe ser sustituida por la gran explotación bajo la dirección experta de los técnicos. Recoge la frase del agrarista peruano FIGALLO: «La reforma agraria no consiste en la redistribución de la propiedad, o sea, en el simple cambio de un propietario por otro, sino en la transformación profunda de la estructura de la empresa agraria.»

Influyó bastante en la línea de BALLARÍN, según nos explica, aparte de su permanencia y estudios en Francia e Italia, sus viajes a Hispanoamérica, donde conoció el gigantesco proceso reformista iniciado en Venezuela y extendido a los demás países, en los que se ha venido a formular el sentido funcional de la propiedad y la teoría de la empresa comunitaria. Estos dos puntos han calado en el autor, que ha ahondado más en ellos a lo largo de sus diversos trabajos, para concluir considerando como fórmula preferible en la agricultura española la de la empresa comunitaria técnico laboral, con lo que a la idea de la función social de la propiedad se une la función también social de la empresa.

En materia de política agraria se recogen una serie de sugerencias, a cuál más interesantes, dirigidas al objetivo de construir un mejor futuro para nuestros hombres de campo, y que había expuesto el autor en el libro *La España de los años 70* y en una conferencia en el Valle de los Caídos en 1973.

De lo que sí debe estar seguro BALLARÍN es que en esta recopilación ordenada ha conseguido mostrar su línea evolutiva, paralela a la del Derecho agrario español en los últimos veinticinco años, en los que poco a poco se ha ido sustituyendo la idea tradicional por la empresarial de la agricul-

tura no sólo en la teoría, sino en la legislación y la práctica. Y también podemos asegurarle, desde nuestra modesta posición, que el libro prestará un gran servicio a los estudiosos de esta rama, a los agricultores y a los funcionarios, tanto técnicos como jurídicos, que trabajan en y para el campo, por su contenido, repleto de cuestiones, planteamientos y sugerencias, que muestran a las claras una dedicación y un afecto por los problemas campesinos difícilmente superables.

La obra *Estudios de Derecho agrario y política agraria* es extensa y, más aún, intensa.

Por tanto, dada la necesaria limitación de esta nota, resulta difícil su análisis y el comentario debe ceñirse por fuerza a exponer escuetamente las ideas vertidas por el autor con la maestría que le caracteriza.

En primer lugar, BALLARÍN estudia la figura del agrarista en trazos seguros, en los que rebulle su vocación y hay bastante de autorretrato; no se concibe en esta materia al jurista tradicional habituado a los cánones del Derecho común, sino con una profunda inquietud renovadora, dedicado de lleno a una causa tan justa como tratar de conseguir que los agricultores dejen de ser «ciudadanos de segunda clase». Sin embargo, esto no significa que los agraristas sean revolucionarios que pretendan atacar sin más a la seguridad jurídica; parten vitalmente de un conocimiento dramático de la realidad, y no por ello son menos respetuosos ni menos amantes del Derecho que los conservadores. En materia agraria, el Derecho común avanza y se transforma por un fuerte contenido social, mediante el cual la norma jurídica es un instrumento de progreso para resolver las tensiones entre la seguridad político-social y la seguridad jurídica. Aquí está —dice BALLARÍN—la grandeza y servidumbre de los juristas agrarios: bajo el fuego cruzado de ambos extremos tejen con paciencia la trama de la evolución para salvar a la sociedad de revoluciones y contrarrevoluciones enemigas del Derecho, fuentes de injusticia y causa de todas las inseguridades.

Derecho agrario

Desde que en septiembre de 1950 se planteó BALLARÍN, en una conferencia en la Semana Notarial de Santander, la autonomía y justificación doctrinal de los estudios agrarios, con relativa separación del Derecho civil común, ha llovido lo bastante para que se hayan sucedido en la doctrina los más diversos pareceres. Ya JOAQUÍN COSTA se ocupó de las cuestiones del campo, y desde entonces han abundado los estudiosos agrarios, entre los que son frecuentes los Notarios y Registradores de la Propiedad, cosa natural en juristas que viven en la realidad campesina y han de moldearla día a día.

El autor nos señala la evolución del Derecho agrario, como lo hizo en el libro del mismo título, en los diversos trabajos que ahora se recopilan, tanto en el aspecto doctrinal como en el legislativo. No es hora de repasar las distintas posturas, sino sólo señalar la existencia indudable de un Derecho agrario profesional, como rectificación del individualismo anterior, y, sobre todo, la clara orientación que lo configura más bien como Derecho de la empresa agraria, ya familiar, ya en su más moderno o avanzado prisma del cooperativismo y aun de la profesionalización.

En un artículo publicado en la *Revista de Estudios Agrosociales* recogió los albores y formación del concepto de Derecho agrario, con una lista exhaustiva de autores y publicaciones en Italia, Francia e Hispanoamérica, y en otro trabajo recoge, ya más concretamente y de modo amplio, la formación, concepto y fines de un Derecho agrario de la empresa en España. Empieza con la posición atomizadora del Código civil, para el que sólo hay individuos y fincas, y que se va rectificando poco a poco, entre otras, por la Ley de Colonización anterior de 1907 y las disposiciones de

la Dictadura, como la de parcelación de 1927 y arrendamientos de 1929; en ellas ya asoma el concepto de empresa privada como base a dos claras tendencias: la productivista o económica y la social o de más justa distribución de la propiedad; estas tendencias se acentúan en la época republicana, especialmente sensible a los movimientos sociales y políticos, llegando, sin embargo, a tomar tintes demagógicos: distribuciones y más distribuciones de fincas con la única finalidad de satisfacer el hambre de tierra de los campesinos, pero sin crear células productivas, empresas en sentido propio. Deben citarse, como primeros atisbos de la orientación que habría de prevalecer después, la Ley de Obras de Puesta en Riego de 1932 y la de Arrendamientos Rústicos de GIMÉNEZ FERNÁNDEZ de 1935, que reconoce la figura del cultivador directo o agricultor profesional con su prórroga, que aún subsiste. Y a continuación estudia BALLARÍN la concepción actual, basada en las declaraciones constitucionales, en las que aparece claramente delimitada y protegida la idea de la empresa desde el Fuero del Trabajo y las demás Leyes Fundamentales, en las que, lejos de aceptarse la tesis capitalista, se protege jurídicamente el factor espiritual de la organización; la empresa viene a ser instrumento de coordinación entre el Derecho privado y el social. La legislación complementaria de arrendamientos, la colonizadora y las demás normas agrarias (explotaciones, Patrimonio Familiar, Concentración Parcelaria, Fincas Mejorables), hoy fundidas en la de Reforma y Desarrollo Agrario, suponen en la normativa vigente una construcción valiosísima en materia del Derecho agrario basado en la figura de la explotación o empresa; en definitiva, se recoge la tradición patria, mejor reflejada en la legislación foral, de raíces más nacionales que el sistema afrancesado subsiguiente a la codificación.

Al terminar el capítulo trata de demostrar la especialidad del Derecho agrario, distinguiéndolo del Derecho común y aun del mercantil, con el que pueden existir roces desde el momento que se maneja el concepto de empresa. El autor trata de estas distinciones, primero desde el punto de vista puramente privatista (empresa agraria) y luego desde el público, que ha recibido el espaldarazo de la planificación, la cual, respecto a la agricultura en especial, pretende lanzar las energías sociales—públicas y privadas—en la dirección propuesta por el planificador, y es el sector agrario precisamente el beneficiario principal del criterio redistributivo de rentas en busca de una mayor oportunidad de igualdades.

Concluye BALLARÍN, en una conferencia pronunciada en San José de Costa Rica en 1973 para recoger las innovaciones producidas desde su anterior definición, proponiendo que el Derecho agrario, en una situación de dirigismo concertado, es un «sistema de normas de Derecho privado y de Derecho público, que regulan las actividades privadas y públicas relativas a la agricultura, la conservación de la Naturaleza y la promoción del medio rural».

Y considera principios generales del Derecho agrario:

- El de paridad, como importante y fundamental.
- Conservación y socialización de la Naturaleza.
- Función social de la propiedad y de la empresa, tanto en el sentido subjetivo (cultivo eficiente y correcto, obligación de mejorar) como en el objetivo (justa distribución de la propiedad, indivisibilidad de explotaciones desde ciertos límites y consecución de empresas viables, sean familiares, cooperativas o asociativas).
- Organización sindical y profesional de los agricultores.
- Apoyo intenso a la agricultura.
- Reforma de las estructuras productivas, así como las de comercialización o industrialización.

Como colofón se incluye un estudio de la planificación reciente de la agricultura española, relacionándola con el Derecho y los diversos aspectos, a cuál más interesantes, cuya sola enumeración nos llevaría demasiado lejos de las limitaciones a que hemos de ceñirnos en este breve comentario.

Empresa y explotación agraria

El tema de la empresa es, según el autor, uno de los más decisivos de nuestro tiempo, al que se ha llegado por la evolución del Derecho, en especial del mercantil y agrario, como consecuencia del progreso técnico, económico y social. Aquí ha reunido BALLARÍN sus trabajos sobre la empresa cooperativa, la asociativa y comunitaria y, por último, la empresa pública como una de las nuevas fórmulas asociativas para la agricultura.

En un artículo publicado en *Estudios Jurídicos sobre Cooperación* en 1966 comienza con una entusiasta profesión de fe en el cooperativismo, diciendo que el jurista, al asomarse a este tipo asociativo, difícilmente puede aislar el corazón de la cabeza. Llevado de este entusiasmo, que muestra en su labor diaria y aflora abundantemente en toda su obra, estudia la cooperativa comparándola con otras figuras, la contempla como sociedad de Derecho privado basada en el *intuitus personae* y analiza sus características estructurales, biología y organización.

Hay otras empresas asociativas y comunitarias de honda raíz histórica en nuestra Patria, como lo demostraron los estudios de COSTA y ALTAMIRA, y que en la actualidad vienen impuestas por la necesidad de aumentar el tamaño de las explotaciones a fin de absorber el gran desarrollo adquirido por la mecanización y por el cambio demográfico en el campo, ahora escaso de brazos productivos. Como tipos posibles de agricultura de grupo se contemplan la comunidad familiar, la municipal o parroquial, la cooperativa y la sociedad civil, pues la mercantil, aun siendo teóricamente posible, no es frecuente ni adecuada para la agricultura. BALLARÍN acaba fijándose en otro tipo, las asociaciones de tipo reducido, con tinte más o menos sindical, organizadas como consorcios reales o personales, tales como Grupos Sindicales de Colonización, Asociaciones Sindicales, Agrupaciones de Explotación o Cerealistas; estas asociaciones se distinguen de las sociedades, en términos generales, porque no persiguen la obtención de lucro partible entre los socios, sino más bien una ventaja o ahorro, y son bastante frecuentes en el agro.

Dentro de las nuevas fórmulas asociativas puede darse también la empresa pública agraria, que carece de antecedentes en los países occidentales y que difícilmente se abre paso ante una tradición contraria tan poderosa; en cambio, sí parece que prospera en la filosofía comunista, propugnadora de la nacionalización de los medios de producción. Es peculiaridad de la agricultura su resistencia a la publicitación de la empresa y, sin embargo, existe una línea de evolución favorable a ella, al menos en ciertos ámbitos, como el agua, la explotación forestal y las llamadas Empresas Nacionales de Transformación Agraria, que pueden crearse para cada comarca mejorable, a tenor de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y en la de Régimen Local se admite la explotación municipal o por empresas mixtas de diversos servicios, entre ellos los de naturaleza agrícola de primera necesidad.

Aunque BALLARÍN dice ser tan sólo jurista práctico, es también excelente teórico, y no podía faltar un estudio sobre las distintas posturas que tratan de resolver la naturaleza jurídica de la empresa, que analiza detalladamente, haciendo distinguos a la tesis más aceptada de la universalidad. Esta parece como mejor aplicable a la empresa comercial, entendiendo, en cambio, que la agraria es más bien la unidad constituida por el fundo (o su

disfrute, según el derecho de que se trate) y por sus accesorias, sean materiales o inmateriales, como los derechos, contratos y otros que indudablemente integran casi siempre la empresa agraria.

La propiedad y su función social

Desde la concepción individualista del dominio, que la configuraba como derecho prácticamente inviolable, hasta las opuestas posturas extremas, que propugnan su abolición más o menos fulminante, se han proclamado cientos de teorías tratando de resolver esta «cuadratura del círculo» que es la cuestión candente de la propiedad y cultivo de la tierra.

El autor se ha ocupado ampliamente de este problema apasionante haciendo estudios históricos y comparados, tanto en el aspecto doctrinal como en el legislativo. Ahora podemos verlos juntos y constatar su idea central de que, sobre todo a partir de la Ley Allende de 1971, hoy recogida en la de Reforma y Desarrollo Agrario, hay base legislativa para propugnar que el dominio no es un derecho sometido tan sólo a limitaciones legales, como lo presenta el artículo 348 del Código civil, sino que más bien se trata de una relación real entre el propietario (referido a una finca) y el sujeto pasivo universal. Como vemos, se inclina por la llamada concepción personalista de los derechos reales; hay una relación que concede un derecho de gozar y disponer de la finca, pero con la *obligación de cultivarla y mejorarla* en la forma más adecuada al destino agrario de la finca, siguiendo los criterios técnicos y económicos apropiados y que se compaginen con la rentabilidad de la empresa. De este modo BALLARÍN cree que incluso se supera la expresión «función», que resulta equívoca, y la sustituye con la propiedad, como «derecho-deber»; se basa en la propia expresión legal: «El cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas obliga a...», y en los más recientes y conocidos textos pontificios, en especial la Encíclica *Mater et Magistra* del inolvidable Juan XXIII.

El tema, como se ve, es altamente sugestivo y además está tratado con rigor científico y a la vez con una preocupación social encomiable. Partiendo de estos supuestos, se coloca el centro de equilibrio no en la propiedad, sino en la empresa, con la finalidad inmediata de que ésta—sea empresario individual o colectivo—ponga en marcha las mejores posibilidades de la tierra. El deber de cultivar y mejorar es, por tanto, el básico de la nueva concepción empresarial del dominio rústico y por eso se analiza en todas sus implicaciones y en un estudio exhaustivo y a fondo, que se lee con gusto por su indudable interés.

Contratos agrarios

Con gran amplitud también se estudia la biología de los contratos agrarios, deteniéndose en el punto del acceso a la propiedad de los arrendatarios, tanto en el Derecho comparado como en el español. Dentro de éste se hace una exposición extensa del arrendamiento rústico, empezando por los antecedentes y el ideario de la Ley de 1935 y las direcciones básicas de la legislación actual de arrendamientos y aparcerías, haciendo hincapié en la figura del arrendamiento especialmente protegido, caracterizada por el cultivo directo y personal, o sea, cuando hay prevalencia en el trabajo propio y de éste sobre el capital invertido en la explotación.

Sabido es que actualmente se trabaja en una nueva regulación de la materia y BALLARÍN señala el futuro que, a su juicio, espera a los arrendamientos. Entre las dos soluciones opuestas, la liberal y la de protección máxima al arrendatario, cabe la de equilibrio: dar paso a una agricultura empresarial y dinámica, incitando a ambas partes a mejorar y colaborar,

en general, en el esquema de un contrato que logre nuevos equilibrios de interés, mediando el arbitraje, en su caso, de una autoridad independiente debidamente asesorada. En cuanto al crédito agrario, antes en manos frecuentemente poco escrupulosas, tiene ahora, en cambio, el respaldo valiosísimo de las vías oficiales, que encauzan el llamado crédito supervisado, en cuanto que no mira a «tapar agujeros» en la economía del agricultor, sino más bien y de modo principal a mejorar la empresa. Además, en un curso sobre el crédito, convocado por la Asociación Española de Derecho Agrario en 1968, BALLARÍN expuso sus ideas sobre el pagaré agrario, que ahora también se publica, propugnando la creación de un documento ejecutivo que, sin las complicaciones personales de la letra de cambio, comporte tan sólo la simple y clara promesa del agricultor de pagar una cantidad concreta en una fecha determinada; claro que para evitar operaciones con tinte usurario, tal como a veces se encubren en la letra, sólo puede permitirse este instrumento de crédito a determinadas instituciones oficiales o Cajas de Ahorro.

También se recogen en este libro que comentamos las ideas generales y los aspectos jurídicos de la comercialización agraria, resaltando su importancia creciente al haberse pasado en la agricultura de una simple economía de subsistencia familiar a una economía de mercado, única que puede concebirse en la actualidad, por lo que se imponen las asociaciones de productores, que permitan al agricultor percibir por sus productos un precio que englobe gran parte de lo que hoy se llevan los comerciantes.

Reforma agraria y reforma de la agricultura

A estas vivísimas cuestiones dedica la última parte del libro, donde se recopilan, sistemáticamente ordenados, los numerosos artículos, tanto de tipo científico amplio como breves, de matiz periodístico del autor, en los que puede verse el corte profundo y social que preside su pensamiento, ya claramente mostrado a lo largo de lo que venimos exponiendo. BALLARÍN hace una introducción histórica, que aprovecha para cantar la labor, sin duda loable, de su paisano JOAQUÍN COSTA, y comenta el libro conocido de MALEFAKIS sobre la reforma republicana. En la *Revista de Estudios Agrosociales* estudió ampliamente en varias ocasiones la reforma agraria en Hispanoamérica, que ahora expone enriquecida por el conocimiento de la materia que ha ido acumulando en sus frecuentes viajes y contactos, y ya con carácter general, la cuestión del reformismo permanente con la concreción del personalismo en el tema clave de la reforma de la empresa, en la misma revista, así como los aspectos institucionales de la adaptación de la empresa agraria española al desarrollo económico y social.

Al final, como colofón, encontramos todo un programa de política agraria, que bajo el título de «La reforma de la agricultura en España», se publicó en 1970 integrado en el libro *La España de los 70*. La clave, para BALLARÍN, se encuentra en la planificación integradora del sector privado y del público para conseguir la reforma de la agricultura con un cuadro de medidas armónicas; esta planificación debe proponerse, en la agricultura, corregir las desigualdades personales, sectoriales y regionales para alcanzar el ideal de la paridad, lo que debe intentarse por medio de modificaciones legislativas y acciones concertadas enérgicas y eficaces.

Entre los problemas estructurales a corregir tenemos la existencia de un gran número de pequeñas unidades de producción, marginales en muchos casos, y a la vez la existencia de otras unidades excesivamente grandes, subsistiendo en algunas regiones el problema de la gran propiedad y la acumulación de explotaciones.

De tanta o mayor importancia es la cuestión de cuál es el tipo de empresa al que debemos tender; partiendo de una posición reformista, se

debe evolucionar desde la empresa privada, guiándose por las siguientes pautas: tendencia a la autonomía de la empresa-institución respecto a los titulares formales del capital y socialización progresiva, en lo interno, dando al trabajo su rango y, en lo externo, insertando las decisiones empresariales en una planificación en interés común. El tipo de empresa comunitaria técnico-laboral, que agrupe trabajadores agrícolas con técnicos, podría ser vértice, en opinión de BALLARÍN, a una vía española para las dos reformas, tanto la agraria, en sentido estricto, como la de la empresa.

Tras esta exposición, digamos teórica, propone una serie concreta de medidas de reforma estructural, como transformación en regadíos para distribuir las tierras, al igual que los secanos, entre agricultores instalados por el Estado en comarcas de actuación especial; agilizar el procedimiento en cuanto a comarcas y fincas mejorables; intensificar la concentración parcelaria; actuación especial para paliar la pobreza de las zonas de montaña; medidas de ordenación del territorio; prevención del minifundio y prohibir la acumulación de tierras y explotaciones bajo ciertos límites; tratamiento especial de arrendamientos y aparcerías; adecuada política fiscal de precios y de productos; creación de un Fondo Nacional de Tierras y Conservación de la Naturaleza.

Como vemos, todo un concienzudo y sugestivo programa, que cierra con brillantez el libro que hemos comentado, obra que hace pensar y que será de una utilidad indudable para cuantos nos preocupamos de la problemática del campo, siempre viva y que escapa cada vez más de los estrechos moldes con que la encuadraba el Derecho común. BALLARÍN, al recoger su obra y pensamiento en este libro, presta un servicio inestimable a los agricultores españoles, a los estudiosos del agrarismo y a todos cuantos tengan algún interés en estos temas tan humanos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

ESTEPA MORIANA, VIDAL: *Las diligencias preparatorias del juicio ejecutivo*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1975.

La obra consta de 332 páginas, distribuidas a lo largo de doce capítulos, precedidos de un prólogo y una introducción.

En el prólogo, firmado por LORENZO POLAINO ORTEGA, se destaca el carácter eminentemente práctico de la obra, orientada en el sentido de recoger las cuestiones más interesantes que en la práctica pueden ofrecer las diligencias preparatorias del juicio ejecutivo, huyendo premeditadamente de un contenido teórico.

En la introducción se nos dice que bajo el nombre de diligencias preparatorias de ejecución pueden comprenderse todos aquellos procedimientos o actividades que tienen por objeto o van encaminados a atribuir eficacia ejecutiva a aquellos títulos que originariamente no reúnen todos los requisitos que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil exige para despachar la ejecución o crear dicho título, como acontece con las diligencias de confesión de deuda, concretándose en el presente trabajo al examen de aquellas formas de preparar la ejecución a través de la intervención de los órganos jurisdiccionales, comenzando por el estudio de las que precisamente se denominan en la terminología usual de la práctica forense diligencias preparatorias de ejecución, continuando con las diligencias para la obtención de segunda copia de escritura pública para que tenga fuerza ejecutiva, siguiendo con el examen de los supuestos que en el Código de Comercio se hace alusión a la integración de los títulos que contempla

para atribuir fuerza ejecutiva a través de actividades judiciales y terminando con el examen de los títulos ejecutivos creados por la llamada legislación del automóvil, en lo que respecta a la actividad judicial para su creación.

El capítulo I concierne al artículo 1.429, números 2.º y 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el capítulo II se estudian los precedentes históricos.

Posteriormente se hace referencia a la finalidad de las diligencias preparatorias, consistente precisamente en atribuir eficacia ejecutiva a un título que originariamente no la tiene o la de crear o constituir dicho título en el supuesto de confesión de deuda.

Pasando a su régimen legal, se destaca que la Ley de Enjuiciamiento Civil trata de las diligencias preparatorias de ejecución en el título XV del libro II, es decir, dentro de la sección primera de dicho título, cuya sección lleva por epígrafe «Del procedimiento ejecutivo», recogándose en la obra la crítica que por algunos autores se ha formulado sobre la regulación dentro del procedimiento ejecutivo.

Bajo la rúbrica de elementos subjetivos se hace referencia a los sujetos que intervienen en las diligencias preparatorias de ejecución, que son: el promotor o solicitante, el deudor o confesante y el órgano jurisdiccional.

Para el promotor o solicitante son de aplicación las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la capacidad para ser parte y capacidad para actuar en juicio.

La legitimación del mismo—como indica el autor—vendrá determinada por ser la persona a cuyo favor resulta constituida la deuda contenida en el documento o facultada para reclamarla en nombre propio, y en caso de confesión de deuda, por ser la persona acreedora del deudor por el motivo que invoque al promover las diligencias.

La persona frente a la cual se promueven las diligencias preparatorias de ejecución deberá ser mayor de edad y tener capacidad para comparecer en juicio. Concretamente, dentro de este apartado examina los siguientes supuestos: a) quebrado o concursado, b) menor emancipado, c) mujer casada, d) comerciante en estado de suspensión de pagos, e) herederos del firmante o deudor, f) personas jurídicas y g) documento firmado por representante.

Por último, dentro de los elementos subjetivos, se refiere al Juez competente.

El capítulo VI está consagrado al objeto de las diligencias. Sobre este tema nos encontramos, en primer término, con los requisitos del documento: firma, impuestos que gravan el acto reflejado en el documento o que sea objeto de la confesión. Otro apartado lo dedica a las clases de documentos, abordando dentro de ello el problema de la posibilidad de reconocimiento de firma en la letra de cambio defectuosa o perjudicada, examinando la posición de la doctrina, para después recoger la posición de la jurisprudencia menor o doctrina de las Audiencias y concluir con las declaraciones que al respecto se contienen en algunas sentencias del Tribunal Supremo.

Con independencia de los puntos antes expuestos, advierte que hay que tener en cuenta lo prevenido en los artículos 1.429, 4, de la ley y 521 del Código de Comercio respecto a la necesidad del reconocimiento que de las firmas hagan el librador, avalista o endosante de letras completas y protestadas para poder despacharse ejecución contra los mismos, salvo que dichos actos hayan sido intervenidos, con expresión de fecha, por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado o sus firmas estén legitimadas por Notario. Es así como se aborda el tema de la integración de la letra de cambio frente a librador, avalista o endosantes.

Finalmente, en este mismo capítulo se hace referencia a las diligencias preparatorias en cheques, libranzas, vales y pagarés.

El capítulo VII está consagrado a la tramitación de las diligencias, destacando, a estos efectos, que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece distintos trámites y requisitos para la diligencia de reconocimiento de firma y para la confesión de deuda, cuyo examen detenido es objeto de consideración por parte del autor.

También dentro de este capítulo dedica algunas consideraciones a cuestiones comunes en la tramitación de las diligencias de confesión y de reconocimiento de firma.

En el capítulo VIII examina algunas cuestiones del juicio ejecutivo posterior a unas diligencias preparatorias que pueden ofrecer interés o especialidad, derivado precisamente de la tramitación que precede a la demanda o de la naturaleza de los títulos que aquéllas crean o integran.

El capítulo IX se refiere a la obtención de segundas copias de escrituras públicas para que lleven aparejada ejecución. Sobre este tema, comenzando con los precedentes históricos y tras hacer referencia a la legislación vigente, pasa a examinar una serie de cuestiones que pueden plantearse en relación con las disposiciones que antes ha transcrito. Dichas cuestiones son: *a)* clases de segundas copias, *b)* segundas copias con eficacia ejecutiva y *c)* intervención judicial en la expedición de segundas copias, completándolo todo ello con el estudio del supuesto especial de escritura inscrita.

La confrontación, a que se refiere el número 5 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es otra clase de diligencia preparatoria que nuestra ley prevé. Así es como en el capítulo X, tras un breve examen histórico, se ocupa de los títulos a que se refiere y sus requisitos, para después tratar de la legitimación activa y de la tramitación.

ESTEPA MORIANA considera que también hay otros supuestos en el Código de Comercio en los que se prevé acción ejecutiva frente a algunos deudores previas diligencias preparatorias de ejecución, o sea, se trata de supuestos de integración ejecutiva contemplados en el Código de Comercio: *a)* en operaciones de Bolsa, *b)* en Sociedades Anónimas, *c)* en operaciones de Bancos y Sociedades Agrícolas, *d)* en el contrato de seguro y *e)* en el Derecho marítimo.

Para terminar su obra, el autor estudia en el capítulo XII la preparación de la ejecución en la llamada Ley del Automóvil, toda vez que dicha ley contiene dos títulos ejecutivos, fundados ambos en unas diligencias preparatorias para su creación. Su estudio se limita al análisis de los principales problemas que plantean estos títulos en su formación y en su contenido, recogiendo las disparidades de criterios de los distintos Tribunales, citando además las publicaciones donde aparezcan recogidas las distintas resoluciones al objeto de facilitar su confrontación y consulta.

Concretamente, separa en su estudio las diligencias en el proceso penal preparatorias de la ejecución, de las diligencias preparatorias en vía civil.

En cuanto a las primeras ofrece un examen de ciertos puntos concretos, como: requisitos, momento procesal, título objeto de estas diligencias, procedimientos, tramitación, requisitos, suficiencia e irrecurribilidad del auto ejecutivo.

Y en cuanto a las diligencias preparatorias en vía civil, el autor se concreta a los supuestos tramitación y título.

En definitiva, VIDAL ESTEPA MORIANA viene a plasmar por escrito la gran cantidad de conocimientos que, en su trabajo diario de secretario judicial, ha adquirido al vivir la realidad de la aplicación del Derecho procesal, recopilando—como se dice en el prólogo—en esta obra lo referente a una faceta del llamado juicio ejecutivo en nuestro Derecho: la actuación judicial previa a dicho proceso tendente a la creación o integración de aquellos títulos que necesitan tal intervención, sobre cuya materia no existe ninguna monografía ni trabajo que la examine exhaustivamente, estudiando los distintos supuestos de la misma.

En cada uno de los títulos ejecutivos creados o integrados por o a través

de la actuación jurisdiccional—se continúa afirmando—estudia el autor sistemáticamente los distintos aspectos que pueden ofrecer tanto el título en sí, como la actividad procesal a desarrollar, examinando, cuando en la práctica se han suscitado diversidad de criterios, las distintas soluciones, contrastándolas debidamente y procurando argumentar la solución que cree más idónea en cada caso.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La justicia administrativa en Costa Rica*. «Revista de Ciencias Jurídicas». San José, 1974.

El profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Costa Rica, EDUARDO ORTIZ, prologa la «lúcida monografía», que es «tanto una lectura jurídica como humanística». En la presentación del libro, el doctor JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ llama al autor «ilustre educador ibérico». Estas opiniones encajan la impresión que en la doctrina jurídica de Costa Rica produjo el trabajo del querido compañero.

Se ha dicho muchas veces que una brillante pléyade de administrativistas constituye orgullo de la ciencia jurídica española contemporánea. Sin duda, es cierto. Y en ella figura por derecho propio JESÚS GONZÁLEZ. No nos extraña que las salidas al extranjero de estos autores causen el rotundo efecto que esperábamos.

Pero al mismo tiempo, seguramente por la amplitud y precisión con que se ven los problemas desde la lejanía y las mayores posibilidades con que se cuenta, la experiencia que se vive puede aplicarse a nuestros problemas propios y deducir consecuencias. Fray Ejemplo fue siempre buen maestro. Y, al fin y al cabo, las cuestiones con que se enfrentan los profesionales del Derecho se parecen mucho en todas partes, especialmente en cuanto se refiere a los países de la América hispana.

Para el presentador del trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ, «se torna un deber cívico el ser un activista del mantenimiento de la salud, la legalidad y la moralidad administrativa nacional». El prologuista destaca, muy certeramente, algunos puntos esenciales del trabajo del autor, sobre los que pretendemos llamar la atención.

En primer lugar, los «vicios de orden público del proceso», que pueden inutilizar la garantía del procedimiento y que lucen en el trámite de admisión defensa previa y contestación a la demanda y sentencia. El puro formalismo a que se acogen los autoritarios es un instrumento feudal de poder; pero un procedimiento «generosamente» interpretado desemboca en el arbitrio.

La interpretación de la ley puede producir, según el prologuista, en relación con Costa Rica, «codigueros», que «llamamos aquí a quienes conocen bien todas las menudencias, fallas y trucos de la letra de la ley, sin importarles otra cosa en ella». He aquí nuestros conocidos zurupetos, ayunos de ciencia y ahitos de trucos y de comas. Claro que en Costa Rica se achaca el mal a los privatistas, y en otros países es difícil centrar el mal.

Por el contrario, se teme a las «proezas pretorianas del Consejo de Estado francés», con su doctrina a veces creadora y alguna obstaculizadora de la Administración, poco exportable por la peculiar idiosincrasia de nuestros cartesianos vecinos.

Se llama la atención de que lo contencioso no está articulado para defender al ciudadano en casos excepcionales y críticos, sino para garantizar que la actividad administrativa se desarrollará en sus cauces propios y conforme a sus reglas de juego. Lo demás es patología.

En Costa Rica, señala el prologuista, hay «una innegable solidaridad del

Juez contencioso con el Estado y hasta cierto temor reverencial para éste». Y no sólo en Costa Rica. La lucha de tantos Jueces contra tales prejuicios es en muchas partes casi heroica. La crítica del prologoísta se agudiza cuando afirma que: «El Estado (de Costa Rica)... ha promulgado leyes generales dirigidas no sólo a decidir casos litigiosos comunes, sino otros que envuelven problemas de partido o de amigos del Gobierno.» Para evitarlo propugna que se garantice, además de la pureza del procedimiento, que se pueda y deba llegar al fondo de los problemas.

Es optimista GONZÁLEZ PÉREZ: «En esta incesante lucha en que estamos comprometidos los juristas por intentar la sumisión al Derecho de políticos y funcionarios, se ha conseguido mucho.»

El autor insiste en la necesidad de recortar las inmunidades de la Administración, en la obligación de resolver expresamente y en que la responsabilidad no sea retórica, sino efectiva. Llama la atención sobre el peligro de la exclusión del control jurisdiccional, el abuso de la legislación delegada, sobre el imperialismo de la Administración, que puede controlar los poderes legislativos, y «bastará que las normas emanadas del Gobierno y de la Administración tengan fuerza de ley para que sea imposible el control jurisdiccional de las disposiciones que tengan este origen».

No podía faltar la alusión al Decreto-ley. Esa tremenda puerta de escape, algunas veces de clara urgencia, otras más bien de prisa, y muchas, salida para evitar previsibles dificultades de aprobación o posibilidad de meter en «paquete» dudosa mercancía que no hubiera circulado por vías normales.

El trabajo de JESÚS GONZÁLEZ es muy útil porque, aunque referido a Costa Rica, tiene continuas referencias a nuestra legislación. Y es obvio que en nuestras oposiciones «el Administrativo» es una de las materias «especiales» que se despacha en pocos minutos y con faena de aliño. Pero luego, en la práctica, hay que calificar mucho documento administrativo y entonces es ella.

Sólo aparentemente es pesimista el autor, porque señala las dificultades que el administrado encuentra para defender su derecho; reconoce que el proceso administrativo ideal de amplia puerta, vía expedita y sentencia siempre ejecutada es inaccesible. Pero conforta su fe: «En esta lucha por el Derecho, en la que estamos comprometidos, no podemos cejar ni un solo instante.» Así sea.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ
Registrador de la Propiedad

HERRÁN DE LAS POZAS, JOSÉ PABLO: *Esquemas de legislación y doctrina hipotecaria*. Madrid, 1975, 404 págs., tomo primero.

1. *Consideraciones previas.*—Al hacer la reseña de un libro destinado a y para los opositores es ineludible hablar previamente de las oposiciones. De ese problemático tema, siempre candente, que ha tenido decisiva influencia en la organización administrativa de nuestro país y en el panorama cultural de España. Desde la más acerba crítica al sistema de selección a través de las oposiciones, cuyo representante más caracterizado ha sido don GREGORIO MARAÑÓN, hasta las apologías más entusiastas, toda la gama o escala de opiniones se ha dejado oír.

Actualmente creemos que las opiniones dominantes y más acertadas son aquellas que consideran a este procedimiento de reclutar los funcionarios como el menos malo de los posibles. Como el más adecuado para el aquí y el ahora, necesario en tanto no se modifique nuestra disposición de vida, nuestro entorno vital. Y, sobre todo, se señala que es sumamente suscep-

tible de perfeccionarse y acomodarse al correr de los tiempos. Contamos ya, afortunadamente, con estudios serios, que van desde un aspecto general del problema, como el de JESÚS LÓPEZ MEDEL (*El problema de las oposiciones en España*, Madrid, 1957), hasta los distintos trabajos de carácter sociológico y estadísticos de JUAN JUNQUERA GONZÁLEZ (entre los que cito *El sistema de oposición*, «Documentación Administrativa», septiembre-octubre 1970, págs. 23-52, y el libro *La crisis de las oposiciones*, Madrid, 1972), que nos permiten sostener una postura de moderado optimismo sobre el pasado, presente y futuro del duro sistema de selección que nos está ocupando y preocupando.

Una de las facetas en las que es más sencilla y urgente la perfección es, a mi modo de ver, lo que se ha dado en llamar la «humanización» de las oposiciones. Es decir, intentar por diversos caminos—simplificar el programa, suavizar los ejercicios, quitarles la excesiva carga memorística, reducir la discrecionalidad—que la preparación de los exámenes y la realización de los mismos sea lo más suave posible, dentro de la imprescindible seriedad en la profunda preparación jurídica que exige la actuación de profesiones como la que ahora estamos contemplando.

En esta acertada tendencia hay que señalar, como hito importante, la reforma que sufrieron los artículos 504 al 507 del Reglamento Hipotecario por el Decreto de 17 de marzo de 1959. Hay que alabar sin restricciones —así lo hice en el trabajo *Reflexiones sobre la reciente modificación del Reglamento Hipotecario*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», mayo-junio, 1959, págs. 357 y sigs., concretamente las 358-360—haber sabido introducir el automatismo en la convocatoria de la oposición y en la determinación del número de plazas a cubrir, así como la de haber señalado un amplio plazo desde la convocatoria a la fecha del comienzo de los ejercicios y también la de dividir el ejercicio oral en dos.

En este progresivo, aunque lento, camino para mejorar el sistema de ingreso en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, recientemente se han promulgado dos disposiciones. Una es la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1975, por la que se aprueba el programa para los ejercicios orales de dichas oposiciones, y la otra es una Orden del Ministerio de Justicia, de igual fecha y publicada también en el *Boletín Oficial del Estado* de 25 de febrero, en la que se modifica el artículo 8 del Reglamento para oposiciones a ingreso en el Cuerpo de aspirantes a Registradores de la Propiedad y Mercantiles. La reforma del programa, en palabras de la citada resolución, «consiste sólo en una simplificación del mismo con reducción de preguntas», y la modificación del citado artículo 8 es, según se dice en la exposición de la Orden, «un primer paso hacia una racionalización más profunda del sistema actual» y tiende a fijar un amplio plazo de sesenta días naturales entre el desarrollo de los dos ejercicios orales.

La misma curva parabólica que pudiera representar la dureza de las oposiciones jurídicas del tipo que nos ocupan ahora—y que afortunadamente se encuentra en la curva descendente—se ha reflejado necesariamente en la bibliografía específica existente para la preparación de los temas. Refiriéndonos solamente al período posterior a nuestra posguerra, hemos pasado de los tres escuálidos volúmenes del *Roca Sastre*, a los seis voluminosos que integran en la actualidad dicha obra, y de los tres o cuatro tomos del primitivo *Castán*, a los incontables que la forman ahora. De magníficas «contestaciones», se han transformado en estupendas obras de consulta. Y entonces, al llegar estos libros a su cenit, ha surgido la necesidad de resumirlos, principalmente en el Derecho Registral Inmobiliario, y de hacer epítomes para facilitar la dura tarea del sufrido opositor. En esta labor, con aportaciones propias muy valiosas, destacan las dos ediciones de los *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, de JOSÉ MARÍA CHICO y JUAN FRANCISCO BONILLA, que han tenido merecido éxito. Aún

más simplificadora es la obra de CARMELO DÍAZ GONZÁLEZ: *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario* («Revista de Derecho Privado», 1963, tres volúmenes).

La línea de evolución, en términos excesivamente generalizadores, pudiéramos decir que va de los simples libros de contestaciones a los tratados, y de éstos retorna a los primeros. E inevitablemente surge la pregunta: ¿qué es mejor para preparar los ejercicios orales: contestaciones cuyos temas están adecuados al tiempo disponible para su exposición o exhaustivos tratados sobre la materia? Y la contestación, como en tantas otras ocasiones, no puede ser categórica. No hay el arquetipo de opositor, afortunadamente existen los opositores, cada uno de los cuales precisará de una preparación peculiar. Es una decisión delicada, pero necesaria, del preparador la de apuntar el camino apropiado.

Creo que, probablemente, la mayoría de los opositores se tienen que conformar—dadas las limitaciones de tiempo para las exposiciones verbales y la extensión de los programas o cuestionarios—con unos temas de estudio que sean cortos y sencillos. Tienen, en gran parte, que sacrificar la formación por la información. Por ello, el retorno a los libros de contestaciones parece que se está imponiendo por necesidad. Sin embargo, como este camino no es plenamente satisfactorio, parece que algunos autores—estoy ahora pensando en JOSÉ MARÍA CHICO (*Complementos al Derecho Hipotecario y su legislación*, Editorial Montecorvo, 1974)—están volviendo al libro que hace pensar; como dice TIRSO CARRETERO en la elogiosa reseña que hace a la citada obra de CHICO, con ella «nace un nuevo estilo didáctico en nuestra rama, en el que se concede más importancia a la formación del pensamiento jurídico del estudiante, que a dotarle de una copiosa información carente de sentido» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1974, págs. 1011-1015; concretamente, la citada en primer lugar).

Este aparente dilema entre la obra formativa y la informativa creo que hay que resolverle en el sentido de la coexistencia de ambas: para unos opositores o para preparar determinados temas será mejor el libro de consulta y viceversa. Ambos métodos de trabajo son, pues, necesarios y complementarios. Pero para llegar a la solución ideal, que no tiene por qué ser aquí utópica, creo que es preciso replantear el problema en planos más elevados: la reforma del número y clases de ejercicios en las oposiciones para ingreso en el Cuerpo de Registradores. Soy partidario, siguiendo la tendencia de autorizadas voces, de introducir un primer ejercicio escrito, bien sobre temas de cultura jurídica general, bien sobre materias monográficas extraídas de un cuestionario publicado con poca antelación al comienzo del ejercicio. Esto permitiría juzgar sobre la profundidad de los conocimientos jurídicos del opositor y de la madurez de los mismos y, por otra parte, posibilitaría simplificar en mucho las pruebas orales. Después de estas largas, aunque necesarias, puntualizaciones es ya hora de que hablemos del nuevo libro de HERRÁN.

2. *Los «Esquemas»*.—La conocida y demostrada vocación por la enseñanza de JOSÉ PABLO DE LA HERRÁN, Notario y Registrador de la Propiedad, se manifiesta una vez más en la publicación del libro de que tratamos. De sus ya lejanos tiempos de preparador de opositores han quedado unas decenas de Notarios y Registradores—entre los que me cuento—que alumnos en su día de él, aún le consideramos nuestro estupendo maestro. Además de su humanidad y cordialidad, todavía recordamos sus métodos didácticos directos, eficaces y flexibles. En esta línea se halla situada la obra que comentamos.

Nuestra reseña, no pretendemos una reseña crítica por las razones que se apuntan en el párrafo anterior, no puede ser aún completa y definitiva, ya que únicamente hasta ahora—mediados del mes de octubre—sólo se ha publicado el primero de los tres tomos que van a componer la

obra. Parece ser, y así lo deseamos, que los dos volúmenes que faltan verán la luz antes de final del año que corre.

El autor llama, con cierta modestia, a su obra con la palabra «esquemas». Este término nos lleva a pensar en una serie de cuadros sinópticos, de apuntes de ideas, de notas recordatorias; pero, ciertamente, es más, mucho más. Son unas auténticas contestaciones al vigente programa de Registros. Y que, entre otras características positivas, tienen el don de la oportunidad; creemos que son las primeras publicadas que se ajustan al nuevo programa de 19 de febrero de 1975.

Pero además de la oportunidad, son concisas, claras y sencillas. Los veintiocho temas que comprende este tomo primero corresponden a la primera parte del Derecho Registral Inmobiliario y Legislación Hipotecaria del citado programa (el segundo tomo comprenderá los veinticuatro temas que constituyen la segunda parte, y el último abarcará los veintitrés restantes). Dedica a cada uno de los temas un promedio de una docena de páginas, extensión que estimamos en general suficiente para cubrir con holgura los condicionamientos cronológicos existentes en los dos primeros ejercicios de las oposiciones para ingresar en nuestra profesión. Como ocurre en las pruebas ciclistas «contra reloj», el número de kilómetros —aquí la extensión de las lecciones— no puede ser muy extenso.

La prosa empleada por JOSÉ PABLO DE LA HERRÁN es clara, directa, inmediata. La difícil síntesis de materias difíciles se ha conseguido con sencillez y buen castellano y acude, cuando es aconsejable por motivos didácticos, a la reiteración de ideas con las mismas palabras. En la misma labor de simplificación podemos señalar la inexistencia absoluta de citas a pie de página y el no empleo de tipos de letra de distinto tamaño (por desgracia, ¡cuánto estudiante elimina siempre sin leer la «letra pequeña»!).

En mi parecer, el libro del que estamos dando cuenta se ajusta perfectamente a la idea de LUIS DÍEZ-PICAZO (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1969, pág. 225) cuando afirma: «Creo que efectivamente estamos necesitados, especialmente en materia de Derecho hipotecario, de trabajos de condensación y de simplificación, pues la hipotecaria, por alguna extraña razón, ha tenido siempre cierta tendencia a la hipertrofia.» Hipertrofia que yo creo que es también achacable, al menos hasta la aparición del nuevo programa, a algunas otras materias del cuestionario de preparación.

Tipográficamente, el libro está muy bien editado, con letra clara y legible, por «Artes Gráficas Iberoamericanas, S. A.», aunque la premura con que se ha confeccionado ha permitido la existencia de algunas erratas, que, si bien dado que la obra va destinada a un público especializado, que no tendrá dificultades para subsanarlas, esperamos se salven en la «fe de erratas» del último volumen. En el cual también creemos que deberán ir los índices de conceptos y de artículos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, siempre de gran utilidad para el lector.

Como resumen y conclusión de todo lo que llevamos dicho, podemos afirmar que los *Esquemas de legislación y doctrina hipotecaria* son unas contestaciones, de carácter predominantemente informativo y didáctico, que pueden facilitar a un buen número de opositores una preparación menos dura y dificultosa de los ejercicios orales. Siempre es elogiable que nuevos instrumentos de trabajo, como es el que estamos comentando, vengán a facilitar la labor de los estudiantes; pero, a mi juicio, la tarea fundamental para hacer más atractiva a las nuevas generaciones de Licenciados en Derecho el ingreso en nuestro Cuerpo estriba en una nueva estructura del número y composición de los ejercicios que integran el programa de acceso al mismo.

X. X. X.
Registrador de la Propiedad

LÓPEZ MEDEL, JESÚS: *Modernas orientaciones sobre la institución registral*. Fragua. Madrid, 1975.

Prologada por el maestro de los hipotecaristas contemporáneos, don RAMÓN DE LA RICA, como en la primera edición de 1961, este trabajo de JESÚS LÓPEZ MEDEL, miembro permanente de la Comisión General de Codificación, prácticamente es una obra nueva, ya que junto a la teoría general de la función social de la institución registral, se concreta el principio de una inscripción obligatoria-progresiva; se insiste en los aspectos de modernización y agilidad orientados en el sistema registral austriaco, que ha sido ampliamente estudiado por el autor, y de otro lado, se sitúa a la institución registral en la línea progresista de una política de desarrollo, de justicia fiscal y posibilidades del crédito.

Con este trabajo, el profesor LÓPEZ MEDEL vuelve a situarse en la línea de su investigación como jurista, con el sello creador profundo y al tiempo remodelador de las instituciones jurídicas, todo ello avalado por la experiencia parlamentaria de una decena de años como secretario de la Comisión de Justicia de las Cortes y ponente en buen número de leyes que hacen referencia al papel de nuestro tiempo de la institución registral.

El profesional del Derecho, el jurista, el universitario o el opositor tendrán en *Modernas orientaciones sobre la institución registral*, que edita FRAGUA, un instrumento de trabajo, de rigurosa investigación y al tiempo práctico.

TOHARIA, JOSÉ JUAN: *Cambio social y vida jurídica en España*. EDICUSA. Madrid, 1974.

La presente obra del profesor TOHARIA, doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, y en Sociología por la de Yale, supone una interesante aportación a la Sociología jurídica y a la investigación de las relaciones entre cambio social y Derecho, temas hasta ahora de escaso tratamiento en la doctrina española.

Partiendo de un planteamiento teórico donde el Derecho se concibe como producto de unas determinadas fuerzas sociales, la distinción o contraposición entre norma objetiva y conducta real, vida jurídica y vida judicial, desarrollo económico y estatismo jurídico, ofrecen un campo de indudable interés para la investigación empírico-sociológica.

En su declaración de propósitos, el autor plantea como objeto de estudio «los efectos que el proceso de desarrollo económico en España desde los años sesenta, enfocado desde la perspectiva más amplia del período 1900-1959, tuvo y está teniendo sobre la vida jurídica española». Y para ello parte de una doble precisión conceptual en torno a los dos aspectos interrelacionados: De un lado, el cambio social—siguiendo a MOORE y MEADOWS—, se concibe como el conjunto de transformaciones que teniendo origen en el proceso de industrialización, se caracteriza por las notas de volición, institucionalización, globalización y dirección, aunque no llegue a identificarse plenamente con la noción de desarrollo económico. De otro, el campo de la vida jurídica, a efectos de estudio, queda restringido a aquel sector de la realidad que alcanza una dimensión judicial de carácter civil o penal, por entenderse, en afirmación ciertamente discutible, que es en esas dos jurisdicciones «donde tiene más sentido detectar el posible impacto de los cambios socioeconómicos».

La primera parte del trabajo aparece dedicada a un planteamiento ge-

neral del tema, desarrollado con un alto grado de claridad sistemática y rigorismo documental.

Se abre con un agudo esquema de las perspectivas actuales de la Sociología del Derecho:

- La cuádruple influencia de las corrientes historicista, instrumentalista, antiformalista y pluralista, como determinante de la general aceptación de aquel presupuesto básico según el cual el Derecho afecta y es afectado por las condiciones sociales en que está inmerso.
- Los cinco grandes grupos de enfoques analíticos en que aparece polarizada la Sociología jurídica: a) El análisis de roles, como Sociología de las profesiones jurídicas. b) El análisis organizacional de los centros normativos. c) El análisis institucional, donde el Derecho se configura como institución destinada a regular y resolver las relaciones y conflictos sociales. d) El análisis normativo, en torno a los valores e intereses vinculados a la preceptiva legal. e) El análisis metodológico, que estudiaría la dinámica del aparato judicial a través de una técnica experimental.
- Los tres grandes temas que constituyen el núcleo de la problemática contemporánea: los fundamentos del orden legal, las pautas del cambio legal y la contribución del Derecho a la resolución de las necesidades y aspiraciones sociales.

Así, dentro de esta triple perspectiva, la obra de TOHARIA, aceptando aquel presupuesto inicial y desde un enfoque analítico de tipo institucional, se dirige fundamentalmente al estudio de los efectos de los cambios y transformaciones sociales sobre la realidad jurídica. Planteamiento que hace necesaria, como exigencia sistemática, una doble determinación: la del momento histórico de producción de los cambios sociales y la del sector donde se produce el desfase con la realidad social, sector integrado por diversos planos, que aun intercomunicados presentan caracteres autónomos: las normas sustantivas, las normas «secundarias» y los esquemas de aplicación normativa y resolución conflictual.

La determinación cronológica del cambio social se investiga a partir de la consideración de cuatro variables clásicas: la distribución porcentual de la población activa entre los distintos sectores—agricultura, industria, servicios—; la evolución de la renta *per capita*, complementada por indicadores paralelos, como el análisis estadístico de las sociedades mercantiles; el índice de urbanización, y el grado de movilización y sus implicaciones en torno a los aspectos de comunicación social.

De su examen conjunto y comparativo, clara y rigurosamente documentado, resulta la localización del «cambio social» en la década 1960-1970, atribuyéndose a la etapa anterior el significado de un mero devenir cuantitativo de «transformaciones sociales».

En una primera aproximación de carácter global, el autor constata el entramado de nuevas realidades sociales, que surgidas al calor del desarrollo constituyen el nuevo contexto sobre el que planean las instituciones y procesos jurídicos: predominio de los sectores de industria y servicios, fenómeno de desruralización, preponderancia estructural de los grupos secundarios, concentración económica y exaltación del cambio como valor de alto significado positivo. Y en una aproximación paralela a nivel interprovincial, y desde la perspectiva dinámica que atiende al grado de sensibilidad al cambio, se pone de manifiesto una desigual incidencia del proceso de transformación sobre las diferentes regiones, que da origen, en definitiva, a una auténtica dualidad zonal: «la que realmente cambia y otra apenas afectada por el proceso general de desarrollo».

La segunda parte del trabajo aparece dedicada a los efectos y relaciones del cambio social con la vida penal partiéndose de una consideración

sociológica de la actividad delictiva, que se concibe como quebrantamiento de las expectativas socialmente aceptadas. Se utilizan para ello dos indicadores básicos: número de sumarios incoados y de delitos apreciados, evaluados tanto en su aspecto global como tipificado, y contemplados tanto a nivel nacional como en el contexto socioeconómico de sus distintas zonas.

Después de un exhaustivo y documentado análisis de los resultados obtenidos a la luz de los citados indicadores, el autor presenta un acertado catálogo de conclusiones:

- El desfase entre el número de sumarios incoados y delitos apreciados, pone de relieve una desconexión entre la normativa sustantiva penal y la realidad social sobre la que se proyecta.
- El aumento del número de sumarios incoados frente a la estabilidad o regresión del de los delitos apreciados, pone de manifiesto que las nuevas conductas delictivas, surgidas al calor del desarrollo económico, son percibidas y sentidas por la sociedad, pero carecen de encaje, por ausencia de tipificación, dentro de la normativa vigente, por lo que el índice de baja delictividad del país es un efecto óptico engañoso producido por la inadecuación de las leyes penales.
- A nivel interprovincial, y a mayor grado de desarrollo, la vida penal viene caracterizada por tres grandes pautas: el mayor desfase entre ambos indicadores, la disminución frente al total del número de sumarios incoados por actos contra las personas y el debilitamiento de la «automovilización» en el terreno de la tipología delictiva.

La última parte de la obra aparece centrada en el ámbito de lo civil. La necesidad de determinar y precisar la esfera jurídica donde se acusa con más intensidad el impacto del cambio social lleva al autor a establecer una clara distinción entre «vida jurídica» y «vida judicial», según que la aplicación del Derecho se realice voluntariamente por los particulares en el marco de sus relaciones privadas o por los Tribunales dentro de la fase conflictual.

Para el análisis de las incidencias del cambio social sobre la vida jurídico-civil, se utiliza como indicador básico el volumen de contratación notarial, por su alto grado de fiabilidad, facilidad de cuantificación y eficacia medidora del tráfico económico y la actividad comercial, siempre sobre la premisa de que si la normativa legal se mantiene ajustada a las realidades sociales, los niveles de desarrollo e intervención notarial mantendrán una relación paralela.

Del examen ponderado de este indicador deduce el autor diversas conclusiones:

- La coincidencia de la fase de despegue económico con el incremento sustancial de la contratación pública.
- La especial relevancia cuantitativa de los actos contractuales y protestos de documentos de giro, justamente las categorías más directamente ligadas a la vida mercantil.
- La simetría interprovincial entre niveles de desarrollo y grado de intervención notarial, superándose así su tópica identificación con una sociedad atrasada y rural.
- Y, en definitiva, que el proceso de cambio social se ha traducido en un auge espectacular de la vida jurídico-civil, sin que, por tanto, haya provocado desfases sustanciales en relación a su complejo normativo.

Por el contrario, y atendido el volumen de litigación, la evolución de la vida judicial durante la fase de desarrollo económico acusa una clara estabilidad en cuanto al número de controversias dirimidas por los Tribunales en materia civil. Por lo que al haberse producido un llamativo y paralelo

auge de la vida jurídica, se hace forzoso constatar la existencia de una fuerte evasión de conflictos fuera de la esfera jurisdiccional.

En la investigación de las causas de este fenómeno, y después de evocar la respuesta tradicional—lentitud, carestía, complejidad—, a la que se atribuye un valor complementario, el autor intenta agudamente un nuevo modelo explicativo, que descansa en las siguientes consideraciones:

- La aparición predominante de un nuevo tipo de sujeto, la sociedad mercantil, cuyos planteamientos conflictuales y cuyo espíritu de dinamicidad son incompatibles con las formas tradicionales de proceso.
- La mayor frecuencia de tipos conflictivos, que demandan más la compensación de intereses que la declaración de derechos, y que precisan, por tanto, más de una mediación conciliadora que de un juicio apoyado en una «racionalidad formal».
- La procedencia a-industrial de la judicatura, que dificulta su sintonización con la problemática de una sociedad cambiante y los valores de una economía industrializada.

Y así, si en el campo penal el desfase provocado por los cambios sociales incide sobre el ámbito normativo, en la esfera civil parece situarse al nivel de la resolución de conflictos jurídicos.

Termina aquí el trabajo del profesor TOHARIA, en el que la temática Derecho-cambio social aparece desarrollada con un alto grado de penetración valorativa y rigor sistemático. Ciertamente alguna de sus afirmaciones o planteamientos pueden resultar controvertidos. Y así queda pendiente una evaluación conjunta y comparativa de la totalidad del entorno jurídico, trascendiendo de la específica consideración de la vida civil y penal, y un estudio más detenido de las implicaciones del cambio y de cada uno de sus determinantes sobre las diferentes instituciones y tipologías jurídicas. De otro lado, el indicativo notarial parece insuficiente por sí solo para calibrar la dinámica de la vida jurídico-civil y, sobre todo, para demostrar el ajuste a la realidad social de una normativa sustantiva llena de silencios, interrogantes y respuestas vacías. Pero, en todo caso, la obra comentada constituye una excelente aportación y una sugestiva invitación al examen y análisis del contorno jurídico desde una perspectiva sociológica.

GERMÁN GALLEG0 DEL CAMPO

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo 1975

- La venta de frutos como acto dispositivo, por Tomás Aguilera. Págs. 3 a 28.
- Análisis y concordancias del Proyecto de Código civil de 1821, por Mariano Peset Reig. Págs. 29 a 101.
- La nulidad parcial del contrato con precio ilegal, por Antonio Gordillo Cañas. Págs. 101 a 205.

Abril-junio 1975

- Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil, por Guillermo García Valdecasas. Págs. 331 a 337.
- Derecho de autor y derechos conexos en la radiodifusión española, por Félix Fernández Shaw. Págs. 337 a 423.
- Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonesa), por José Luis Merino Hernández. Págs. 423 a 437.
- La Jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil, por Andrés de la Oliva Santos. Págs. 437 a 459.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 4. Octubre-diciembre 1974

- Notas para la Historia de la Reforma del Título preliminar del Código civil, por José María Castán Vázquez. Págs. 1137 a 1159.

— El nuevo título preliminar del Código civil, por Pedro González Botella. Págs. 1159 a 1205.

— La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título preliminar del Código civil español, por Enrique Ruiz Vadio. Págs. 1205 a 1245.

— La equidad en el nuevo Título preliminar del Código civil, por Mariano López Alarcón. Págs. 1245 a 1259.

— Valor del Código civil como Derecho común después de la reforma del Título preliminar, por Enrique Lalaguna. Págs. 1259 a 1297.

— La norma sobre cómputo de plazos del Código civil y su aplicación al procedimiento y proceso administrativos, por Jesús González Pérez. Páginas 1297 a 1307.

— La formulación del error de derecho en el nuevo Título preliminar del Código civil, por Diego Espín Cánovas. Págs. 1307 a 1327.

— El abuso del Derecho y el fraude de la Ley en el nuevo Título preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones, por Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Págs. 1327 a 1345.

— La reforma del sistema español de Derecho Internacional privado, por Francisco Sánchez-Apellániz Valde-rama. Págs. 1345 a 1361.

— Las normas de conflicto sobre obligaciones en el nuevo Título preliminar del Código civil, por Jaime Santos Briz. Págs. 1361 a 1395.

— El nuevo Título preliminar del Código civil y el Derecho Catalán, por Luis Figa Faura. Págs. 1395 a 1412.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PÚBLICA

Núm. 118. Julio-agosto 1975

- Hacia un Derecho del Grupo de Sociedades, por A. Rodríguez Sastre. Páginas 677 a 697.
- El grupo de sociedades como unidad económica, por E. Bueno Campos. Páginas 697 a 727.
- Las sociedades integrantes de una unidad económica en el Impuesto sobre Sociedades, por José Sánchez Oliván. Págs. 727 a 761.
- El artículo 22 del Impuesto sobre Sociedades y la imposición del beneficio consolidado del grupo de sociedades, por S. Alvarez Melcón. Páginas 761 a 789.
- Los grupos de sociedades en el marco del Plan General de Contabilidad, por Carlos Cubillo Valverde y Antonio Noguero Salinas. Págs. 789 a 807.
- El grupo de empresas en el Estatuto de la Sociedad Europea, por J. María de la Cuesta Rute. Págs. 807 a 849.
- Aspectos tributarios de la Empresa Multinacional en cuanto unidad económica, por E. Lejeune Valcárcel. Páginas 849 a 877.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 134. Octubre-diciembre 1974

- El «Charter» aéreo: una aproximación al estudio de su régimen jurídico, por Fernando Rodríguez Artigas. Páginas 429 a 485.
- Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes, por Antonio Pérez de la Cruz Blanco. Págs. 485 a 548.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre 1974

- Los negocios jurídicos atípicos, por Francisco Castro Lucini. Págs. 7 a 35.

- El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en Derecho Romano, por Justo García Sánchez. Páginas 35 a 71.
- Uniones matrimoniales y afines en el Derecho histórico español, por Aquilino Iglesias Ferreiros. Págs. 71 a 109.
- Los créditos hipotecarios, por Enrique Lalaguna Domínguez. Págs. 109 a 207.
- El derecho español ante la filiación extramatrimonial (Tratamiento de su dualidad ilegítima y adoptiva) (Conclusión), por Luis Martínez Calcerada. Págs. 207 a 285.
- «Custodia venditoris», por Antonio Ortega Carrillo de Albornoz. Páginas 285 a 312.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Núm. 1. Año 1975

- El tecnicismo jurídico, por Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz. Págs. 7 a 11.
- Hacia el desbarajuste procesal, por Andrés de la Oliva Santos. Págs. 11 a 49.
- Aspectos penales de la quiebra, por Manuel Comellas Salmerón. Págs. 49 a 67.
- Examen crítico de algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladores del recurso de revisión, por José Luis González Montes. Páginas 67 a 79.
- El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por José Luis Manzanares Samaniego. Págs. 79 a 101.
- Las partes en el proceso de trabajo: Capacidad y Legitimación, por Juan Montero Aroca. Págs. 101 a 143.
- Análisis sociológico de la casación civil, por J. L. Vázquez Sotelo. Páginas 143 a 165.
- La doctrina de las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil (arts. 1.º y 2.º), por Carlos de la Vega Benayas. Págs. 165 a 253.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Mayo 1975

- El derecho de acrecer en caso de institución en partes desiguales, por Manuel Albaladejo García. Págs. 351 a 373.
- Algunas consideraciones sobre la cláusula penal, por Enrique Ruiz Vellido. Págs. 374 a 412.
- La última evolución jurídica del Derecho de familia en los Estados europeos, por el Dr. Siegfried Boschan. Páginas 413 a 425.

Junio 1975

- Exclusión de un accionista de Sociedad Anónima, por Antonio Rodríguez Sastre. Págs. 473 a 490.
- El contrato forzoso o impuesto, por Jorge López Santa María. Págs. 491 a 510.
- Notas sobre la nacionalidad del menor de edad extranjero adoptado por españoles, por Carlos Lasarte. Páginas 511 a 531.

Julio-agosto 1975

- La exclusión de un accionista de Sociedad Anónima (continuación), por Antonio Rodríguez Sastre. Págs. 589 a 600.
- Notas críticas a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, por José Angel Torres Lana. Págs. 601 a 635.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Mayo-junio 1975

- Sobre la personalidad y el acceso al Registro de las Entidades Urbanísticas Colaboradoras, por José Luis Villar Palasí. Págs. 13 a 21.
- Los edificios en la reparcelación, por Angel Ortega García. Págs. 21 a 41.
- Los estudios de detalle, nueva figura legal del planteamiento, por José Luis Laso Martínez. Págs. 41 a 71.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 91. Abril-junio 1975

- Proceso formativo de la Ley de reforma y desarrollo agrario, por Emilio Lamo de Espinosa y Enríquez de Navarra. Págs. 7 a 67.
- La productividad del trabajo en la agricultura y sus consecuencias sobre los precios, por Julián Pérez García. Págs. 67 a 111.
- Desigualdades regionales en las explotaciones agrarias españolas, por Venancio y Valentín Bote Gómez. Páginas 111 a 137.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 186. Abril-junio 1975

- La Licencia de apertura y los nuevos mercados centrales, por Ramón Martín Mateo. Págs. 213 a 225.
- Un problema de vigencia y aplicación normativa: la nueva Ley del Suelo, por Carlos Carrasco Canals. Páginas 225 a 257.
- El desarrollo comunitario en el Decreto 3524/1974, por José Fariña Jarmado. Págs. 257 a 277.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 370-371. Julio-agosto 1975

- La codificación del Derecho Internacional Público en la Organización de Naciones Unidas, por Antonio Marín López. Págs. 658 a 677.
- Requisitos formales del título ejecutivo en la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, por Juan José Lozano Lencina. Págs. 677 a 684.

Núm. 372. Septiembre 1975

- Progreso del arbitraje en España, por Pascual Meneu Monleón. Págs. 826 a 830.

- Notas sobre lucro cesante, por Francisco Javier Tirado Suárez. Págs. 830 a 843.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Núm. 3. Septiembre 1975

- Estudio crítico de la acción asistencial que establece la Ley de Régimen Local respecto de los menores abandonados, por Luis Mendizábal Oses. Páginas 215 a 239.
- El Derecho Civil desde la codificación hasta el tiempo presente, por Vicente Torralba Soriano. Págs. 239 a 261.

Núm. 4. Octubre 1975

- Etiología y prevención de la delincuencia multitudinaria, por Valentín Silva Melero. Págs. 315 a 337.
- El Derecho Civil desde la codificación hasta el tiempo presente, por

Vicente Torralba Soriano (continuación). Págs. 337 a 361.

- El error, causa de nulidad en los contratos, por Carlos Onecha Santa-maria. Págs. 361 a 381.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 2. Abril-junio 1975

- Comentario al capítulo I del Título III de la compilación de Derecho Civil especial de Cataluña sobre disposiciones generales relativas al régimen económico conyugal, por Antonio Para Martín. Págs. 257 a 279.
- Descentralització i finances públiques, por Josep M.^a Vilaseca i Marcet i Josep M.^a Pi i Suñer. Páginas 279 a 317.
- Prólogo al estudio «Aspectos esenciales de la Organización Judicial española», por Angel Latorre Segura. Páginas 317 a 329.