

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La inscripción de las expropiaciones urbanísticas», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1337
«Inscripción de las concesiones de hidrocarburos», por ELADIO BALLESTER	1363
«Apéndice al estudio <i>La capacidad jurídica de la mujer casada</i> », por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	1375
«Algunos aspectos civiles de la nueva Ley de Minas», por CELESTINO CANO TELLO	1403

DICTAMENES:

«Dictamen referente a la naturaleza jurídica de un arrendamiento de bodega con maquinaria y a cuestiones de subarriendo y plazo», por BARTOLOMÉ MENCHÉN	1421
--	------

JURISPRUDENCIA:

Comentarios, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1431
--	------

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	1435
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1459
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1525

Jurisprudencia extranjera, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1531
--	------

LIBROS:

«Contrato de Seguro terrestre», de JOAQUÍN GARRIGUES, por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO	1537
«La calificación civil de la quiebra en el proceso penal», de JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1546
«Derecho de Sucesiones», de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, por JAVIER GARCÍA VALDECASAS DE LA CRUZ	1550
«Derecho agrario», de JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1552
«Las cooperativas de producción», de FERNANDO VALDÉS DAL-RE, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1558
«El hijo legítimo. Su concepto y determinación en el Código civil español», de J. VIDAL MARTÍNEZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ ...	1563

REVISTAS:

I. Revistas comentadas, por FERNANDO MALO	1569
--	------

ESTUDIOS

La inscripción de las expropiaciones urbanísticas*

SUMARIO: I. *Idea general*: 1. Ocupación de la finca o ejercicio del derecho expropiado.—2. Inscripción en el Registro de la Propiedad.—II. *Acta de ocupación*: 1. *Idea general*.—2. *Requisitos*: a) *Requisitos subjetivos*. b) *Requisitos objetivos*. c) *Requisitos de la actividad*.—3. *Efectos*: a) *Efectos jurídico-materiales*. b) *Efectos jurídico-registrales*. c) *Efectos jurídico-procesales*.—III. *Inscripción en el Registro de la Propiedad*: 1. *Idea general*.—2. *Requisitos*: a) *Requisitos subjetivos*. b) *Requisitos objetivos*. c) *Requisitos de la actividad*.—3. *Procedimiento*: a) *Solicitud de la inscripción*. b) *Subsanación de defectos*. c) *Resolución*. d) *Recurso gubernativo*.—4. *Efectos*: a) *Efectos normales*. b) *Efectos especiales*.

I. IDEA GENERAL

1. OCUPACIÓN DE LA FINCA O EJERCICIO DEL DERECHO EXPROPIADO

El pago del justiprecio constituye el último de los actos que legitiman la ocupación de la cosa objeto de expropiación (art. 125). Salvo los supuestos de declaración de urgencia que regula el artículo 52 de la LE, el pago o, en su caso, la consignación constituyen un requisito—el último dentro de la sucesión de los actos que integran el procedimiento expropiatorio—de la ocupación. Como dice el artículo 51 de la LE, «hecho efectivo el justo precio o consignado en la forma prevista en el artículo

(*) El presente trabajo es un capítulo (comentario al art. 127) de mi libro *Comentarios a la Ley del Suelo*, cuya 2.^a edición aparecerá en breve.

Se utilizan las abreviaturas siguientes:

FE: Fuero de los Españoles.

LE: Ley de Expropiación Forzosa.

LH: Ley Hipotecaria.

LS: Ley del Suelo.

RE: Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

RH: Reglamento Hipotecario.

Los artículos que se citan en el texto sin hacer indicación del Cuerpo legal a que pertenecen son de la Ley del Suelo.

anterior podrá ocuparse la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiado, siempre que no se hubiera hecho ya en virtud del procedimiento excepcional regulado en el artículo siguiente». Y el artículo 52, apartado 2, RE, que «la ocupación administrativa de la cosa expropiada podrá realizarse cuando los titulares de los derechos hayan percibido la indemnización que pudiera corresponderles, en aplicación del capítulo III del título II de la ley, o consignada en la Caja General de Depósitos, en los supuestos previstos en el artículo 51».

Si los ocupantes se resistieren a la toma de posesión por el beneficiario de la expropiación podrán utilizarse los medios de ejecución forzosa que la ley arbitra (art. 54, RE), a fin de cumplir el mandato de la autoridad competente (arts. 53 y 59, RE).

En todo caso, se extenderá acta de ocupación (art. 53, LE; art. 55, RE). Al ser título bastante para su inscripción en el Registro de la Propiedad, el Ordenamiento jurídico ha regulado especialmente los requisitos de la misma, a fin de facilitar el acceso al Registro.

2. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En cuanto la expropiación tiene por objeto—como ocurre en las expropiaciones por razón de urbanismo—el dominio o demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se impone su reflejo en el Registro de la Propiedad (art. 1, LH). El acto en que se concreta la expropiación forzosa es uno más de los actos administrativos con eficacia jurídico-privada y trascendencia registral (1).

De aquí que se prevea su inscripción, inscripción de la que dependerá que despliegue su eficacia respecto de la adquisición del beneficiario la institución registral. Lo que supone la calificación del Registrador del título correspondiente. Es ésta una elemental garantía del expropiado, al impedir el acceso al Registro de la Propiedad de aquellas adquisiciones que deriven de expropiaciones que no hayan cumplido los requisitos más elementales.

Es cierto que precisamente por ser consecuencia de una actuación administrativa, la función calificadora aparece enormemente limitada (2).

(1) Me remito a mi trabajo «Los efectos de la inscripción de los actos administrativos», *RAP*, núm. 75, págs. 9 y ss.

(2) FUENTES SANCHIZ, «El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas», *RCDI*, 1973, págs. 1363 y ss.

CAMY, en *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1970, II, pág. 780, dice: «La rigidez de las normas de esta legislación especial, la exclusión de cuantas trabas jurídicas puedan impedir que se cumpla la finalidad perseguida, la simplificación de las autorizaciones y representaciones de la persona del expropiado, en

Porque los poderes públicos muestran una tendencia innata a escapar de todo control. En cuanto pueden, invocan el consabido tema de la necesaria agilidad de la función administrativa para suprimir lo que consideran obstáculos molestos y en realidad son elementales medidas para que se respete el Derecho, sean jurisdiccionales o ante órganos de distinto carácter.

Ante esta realidad incuestionable es preferible reducir el ámbito de los controles a que éstos sean totalmente eliminados. O, dicho de otra manera, es preferible sacrificar la rígida aplicación de los principios, a que, ante el intento de mantenerlos a ultranza, sin excepción alguna, como en los demás sectores, los políticos y administradores adopten la drástica medida de excluir toda intervención del Registro de la Propiedad. Pero lo que en modo alguno puede admitirse es llegar a concesiones de tal entidad que desnaturalicen los principios fundamentales.

La Ley 19/1975, al regular el acceso al Registro de las fincas expropiadas por razón de urbanismo, ha acentuado las excepciones al régimen registral normal, que ya consagraba la legislación expropiatoria. En especial, los artículos 127 y 128 atentan contra lo que hasta ahora se han considerado reglas elementales del sistema, vulneran garantías fundamentales del propietario que tiene su derecho inscrito.

Por tolerantes que seamos a la hora de intentar armonizar la garantía registral con la necesaria agilidad del cumplimiento de los intereses públicos, no puede admitirse que el titular de una propiedad inscrita pueda verse privado de su derecho sin haberse seguido frente al mismo el procedimiento expropiatorio (3).

II. ACTA DE OCUPACION

1. IDEA GENERAL

La ocupación del inmueble se hará constar en el acta correspondiente. La ley presupone la existencia de dos actas, la de pago y la de ocupación (art. 53, LE). Como dice el artículo 55, 1, RE, «se extenderá acta

fin, la sustitución de unos trámites por otros para que la expropiación se lleve a efecto en todo caso, limitan considerablemente los supuestos y el ámbito de la calificación registral.» Sobre el problema, en general, PÉREZ PASCUAL, *Las expropiaciones urbanísticas y el artículo 32 del RH*. RDU, núm. 44, págs. 85 y ss.

(3) Como dice FUENTES SANCHIZ, «el Registro de la Propiedad, que publica los titulares, ha de examinar, cuando llega el documento expropiatorio, si se han cumplido los requisitos legales». En *El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas*, cit., pág. 1364.

de ocupación de la cosa o derecho expropiados, a continuación de la de pago o consignación». Y en el mismo sentido, la Ley del Suelo presupone la existencia de las actas con uno y otro contenido. Pero no existe razón alguna para que no pueda haber formalmente más que una sola acta, en la que se refleje el acto del pago y la ocupación. Como dice el artículo 1.º de la Orden de 9 de marzo de 1964 (4), «en las expropiaciones por razón de urbanismo, las actas en que conste la ocupación del inmueble y, en su caso, el pago contendrán las circunstancias y requisitos» que se regulan en la Orden. Y éste es el supuesto normal, como se desprende del artículo 32, RH.

Si el acta es de ocupación y de pago, esta única acta será el título inscribible en el Registro de la Propiedad. En otro caso, el título inscribible será el acta de ocupación, acompañada del acta de pago o del justificante de la consignación del justiprecio (art. 53, LE; art. 127, 2, LS; art. 1.º, 7, Orden de 9 de marzo de 1964).

En las expropiaciones urbanísticas, los requisitos de las actas se detallan en la Orden de 9 de marzo de 1964. A ella habrá de ajustarse el órgano expropiante. Ahora bien, cuando no se pueda consignar alguno de ellos, se hará constar así en el acta y, en su caso, en la inscripción (artículo 2.º, Orden de 9 de marzo de 1964; art. 32, 6.º, RH). El Registrador no puede exigir el cumplimiento de requisitos distintos a los que se señalan en las normas específicas respectivas (Resolución de 25 de febrero de 1953).

2. REQUISITOS

a) *Requisitos subjetivos*

a') *Determinación del organismo expropiante.* Esto es, el órgano que hubiese ejercido la potestad expropiatoria.

b') *Funcionario que autorice el acta en representación de la Administración y del habilitado que efectúe el pago y, en su caso, representante de la autoridad municipal, si asistiese.*

El apartado se refiere, por tanto, a tres sujetos. El acta deberá expresar el nombre y apellidos de los mismos. Pero sólo uno de ellos se dará en todo caso: el funcionario autorizante. En efecto:

a'') En todo caso habrá de asistir un funcionario que, en nombre de la Administración, autorice el acta. Se exige se exprese el cargo.

(4) ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, *Naturaleza y alcance de las expropiaciones por razón de urbanismo*, Madrid, 1973. Esta Orden ha de considerarse vigente después de la Ley 19/1975.

b'') El habilitado únicamente intervendrá cuando en el acta conste el pago. Pero si no es así, por no realizarse el pago, sino la consignación (art. 50, LE; art. 51, RE), no será necesaria la intervención del habilitado.

c'') Y, por último, tampoco es necesaria la asistencia del representante de la autoridad municipal. En las expropiaciones urbanísticas no se aplica la regla general del artículo 48, LE. Por eso, el apartado 4 de la Orden de 9 de marzo de 1964 dice que únicamente se expresará el nombre y apellidos de los representantes de la autoridad municipal, «en su caso».

c') **Beneficiario:**

Si fuese beneficiaria la parte expropiante (art. 4.º, RE), no se exigirá esta referencia específica al beneficiario. El apartado 5 del artículo 1.º de la Orden de 1964 únicamente lo exige «si hubiese beneficiario específico». Y establece que se hará constar:

- Si fuese persona natural: nombre, apellidos y estado civil.
- Si fuese persona jurídica: la denominación con que fuese conocida, domicilio y nombre y circunstancias de las personas que en su representación intervengan en el acta.

d') **Expropiado:**

Dada la relevancia de este requisito (art. 126, LS; art. 32, 2.º, RH) debe considerarse especialmente su cumplimiento. En el acta se hará constar (art. 1.º, 6, Orden de 1964):

- Nombre, apellidos y estado civil de la persona o personas que reciban el justiprecio. Para que el título pueda inscribirse deberá ser el titular de los bienes o derechos, en la forma que determina el artículo 126, en relación con el artículo 32, 2.º, RH.
- Si actuare en virtud de poder, se consignará el lugar, fecha del otorgamiento y Notario o funcionario autorizante. Parece evidente que además de las circunstancias personales del apoderado deberán consignarse las del poderdante, que es el interesado. Copia bastante del poder deberá constar en el expediente.

- Cuando se trate de bienes gananciales o primitivamente gananciales, las actuaciones se entenderán con el marido. Y con los representantes legales de los interesados cuando se trate de situaciones de incapacidad incompleta (5).
- Cuando proceda la representación del Ministerio Fiscal, se hará constar expresamente, así como la causa de su intervención, según el artículo 5.º, LE.

b) *Requisitos objetivos*

En la institución expropiatoria existen dos elementos objetivos esenciales: la cosa o derecho sobre que recae el sacrificio patrimonial (artículo 1.º, LE) y el justiprecio en que se valora la indemnización (artículo 32, FE; art. 125, LE).

a') *Justiprecio:*

En el acta se hará constar (art. 1.º, 7, Orden de 1964) (6):

a'') *Cantidad a que asciende y forma en que se satisface.*—Si en lugar de pagarse en dinero, se hubiese convenido otra forma de pago (ar-

(5) El artículo 6, LE, dispone: «Los que no puedan enajenar sin permiso o resolución judicial los bienes que administren o disfruten se considerarán, sin embargo, autorizados para verificarlo en los supuestos de la presente Ley. Las cantidades a que ascienda el justo precio se depositarán a disposición de la autoridad judicial para que les dé el destino previsto en las Leyes vigentes.»

(6) Para que proceda la inscripción, el justiprecio que se haga efectivo o se consigne deberá ser precisamente el fijado definitivamente en vía administrativa, es decir (art. 32, 4.º, RH):

- El convenido libremente y por mutuo acuerdo entre el beneficiario y el expropiado (art. 24, LE; arts. 25 y 26, RE).
- El acuerdo del Jurado (art. 35, 2, LE). Contra este acuerdo es admisible recurso de reposición (art. 52, LE) y, ulteriormente, el contencioso-administrativo. Ahora bien, en virtud del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos (art. 33, LR); art. 101, LPA), la eficacia del acuerdo no queda suspendida por el recurso, sea de reposición (art. 116, LPA) o contencioso-administrativo (art. 122, LJ). Es cierto que el artículo 50, 1, LE—al referirse a «cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración—, y el artículo 51, 4, RE—al decir que «cuando exista litigio pendiente con la Administración el interesado tendrá derecho a que se le entregue la indemnización hasta el límite en que exista conformidad»—, se ha interpretado en el sentido de que, pese a la ejecutoriedad, si el beneficiario ha impugnado el acuerdo del Jurado, no ha de pagar hasta que se produzca la firmeza del mismo la cantidad que exceda a la que reconoce debe pagar. Pero esta errónea interpretación—el artículo del RE es ilegal y nulo de pleno derecho—, en modo alguno puede prevalecer en el ámbito registral. Para que el beneficiario pueda inscribir a su

tículos 100 y 128 bis), deberá reflejarse en el acta esta circunstancia, así como todos los datos que permitan la inscripción en el Registro de la finca dada en pago a favor del expropiado.

b'') *Causas por las que se llevó a cabo la consignación cuando proceda.*—Deberá expresarse la causa por la que, según el artículo 51, RE, hubo de procederse a la consignación y constituirse el depósito a disposición del órgano competente y a favor del titular registral o de quien acredite derecho sobre el inmueble. En este supuesto, se acompañará al acta de ocupación certificación literal del resguardo de depósito o del documento que acredite la consignación de todo o parte del precio.

b') *Cosa o derecho objeto de expropiación:*

a'') *Acta de ocupación y finca objeto de expropiación.*—No existe correlación entre acta de ocupación y finca objeto de expropiación (o a que afecte el derecho que debe inscribirse o cancelarse). No es necesario que exista un acta para cada finca expropiada, ni que se levante necesariamente acta única para todas las fincas incluidas en la superficie objeto de la actuación urbanística. Ni tampoco que se inscriban necesariamente todas y cada una de las fincas expropiadas.

En las expropiaciones urbanísticas es normal que tengan por objeto una serie de fincas registradas. Es el supuesto normal cuando la expropiación constituye un sistema de actuación y se siga el procedimiento de tasación conjunta. Un procedimiento expropiatorio único tendrá por objeto todo el polígono o unidad de actuación y se dirigirá contra todos los titulares del dominio y derechos reales sobre las fincas incluidas en el polígono.

En las expropiaciones individuales puede existir asimismo un procedimiento expropiatorio único que tenga por objeto varias fincas. El artículo 26, LE, prevé un expediente individual para cada uno de los propietarios de bienes expropiables. Luego dentro del expediente de

nombre la cosa o derecho es necesario que pague el justiprecio en su totalidad.

- El artículo 32, regla 4.ª, párrafo segundo, RE, se refería, además de al justiprecio fijado por el Jurado provincial de expropiación, al fijado por «el organismo competente con arreglo a las disposiciones especiales». Lo que constituirá el supuesto normal en las expropiaciones urbanísticas ante el abuso que se hace del procedimiento de tasación conjunta y la ausencia de garantías formales de este procedimiento. Pero la Ley 19/1975, al regular el procedimiento de tasación conjunta (art. 125), da entrada en él también, en el supuesto de desconformidad, al Jurado provincial de expropiación, con lo que los supuestos, antes normales en la práctica urbanística, han quedado reducidos a casos excepcionales.

cada propietario podrán justipreciarse varias fincas, decidiéndose el procedimiento por acto único.

Pues bien, en todos estos supuestos, cuando el procedimiento expropiatorio tenga por objeto varias fincas y el acuerdo que pone fin al mismo se refiera a todas ellas, no es necesario que se levante una sola acta de ocupación que comprenda todas las fincas. Hasta el momento de la decisión del procedimiento fijándose el justiprecio definitivamente existe unidad de actuaciones. Todos los actos que le integran se refieren a todas las fincas. Al llegar el momento del pago y toma de posesión es admisible que se produzca una divergencia de actuaciones. A fin de facilitar la gestión urbanística, el artículo 127, 1, LS, establece la posibilidad de que puedan levantarse una o más actas de ocupación e incluir todo o parte de la superficie objeto de ocupación, sin que sea necesaria la previa inscripción de todas y cada una de las fincas expropiadas (7).

Caben, por tanto, las siguientes posibilidades:

1.^a Que se levante una sola acta de ocupación comprendiendo la totalidad de las fincas incluidas en la superficie expropiada o, por el contrario, que se levanten varias actas referentes cada una de ellas a varias fincas o una sola.

2.^a No es necesario—aun cuando exista acta de ocupación única para toda la superficie objeto de actuación—inscribir todas las fincas expropiadas. Pueden inscribirse una o varias únicamente, sin que sea requisito la inscripción previa o simultánea de las restantes.

b'') *Circunstancias de las fincas.*—En el acta deberán quedar perfectamente identificadas, a efectos de su ulterior inscripción, las fincas expropiadas o a las que afecte el derecho que deba inscribirse o cuya inscripción haya de cancelarse. A tal efecto, el artículo 1.º, 8, de la Orden de 1964, exige que el acta contenga los requisitos siguientes:

a''') Naturaleza, situación, linderos y extensión, según consten del expediente. Para una mejor identificación, el artículo 127, 2, LS, exige que al título de inscripción se acompañe un plano con copia, que se archivará en el Registro.

b''') Cuando se expropie parte de una finca, se reflejarán los datos necesarios para la segregación, con referencia a los que resulten del plano.

c''') Cuando varias fincas constituyan unidad económica por ser susceptibles de inscripción bajo un solo número, conforme a los artículos 26 y 27, LE, se describirán así en el acta (8).

(7) ABELLÁ, *Ley del Suelo* (en colaboración con CHOROT), Madrid, 1975, página 189.

(8) Artículo 26: «1. La fijación del justo precio se tramitará como pieza separada, encabezada por la exacta descripción del bien concreto que haya de expropiarse.—2. A tal fin se abrirá un expediente individual a cada uno de los

c'') *Circunstancias del derecho*.—Cuando se expropie un derecho distinto del dominio o se constituya aquél en virtud de la expropiación, se hará constar su naturaleza o extensión (art. 1.º, 9, Orden de 1964).

d'') *Cargas*.—La expropiación forzosa determina la extinción de los derechos a que estuviere afecta la cosa expropiada (art. 53, LE; artículo 52, RE). El beneficiario de la expropiación adquiere la cosa libre de cargas (art. 128, 1, LS) (9).

Como elemental garantía de los titulares se establece la necesidad de que comparezcan en el momento del justiprecio (art. 126, 2, LS).

Ahora bien, a estos efectos se impone una elemental distinción: cargas cuya inscripción sea de fecha anterior a la de la nota marginal acreditativa de la expedición de certificación de dominio; cargas a efectos de expropiación, que prevé el artículo 32, 1.ª, RH, y cargas cuya inscripción sea de fecha posterior. Porque los titulares de las de fecha posterior conocían la existencia del procedimiento expropiatorio y, por tanto, la extinción de cualquier derecho sobre la cosa como consecuencia del mismo. De aquí que «las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal..., se cancelarán al practicarse la inscripción a favor del expropiante o beneficiario y en virtud del mismo título, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente» (art. 32, 5.º, párrafo primero, RH). Mientras que se exija la citación personal a los titulares de cargas anteriores y que concurrieron por sí o debidamente representados al pago o que se consignó el precio o la parte necesaria del mismo, según los casos (art. 32, 5.ª, párrafo segundo, RH).

Esta diferencia de régimen entre unas y otras cargas se traduce en las circunstancias que deben constar en el acta de ocupación en uno y otro caso.

a'') *Cargas cuyas inscripciones sean de fecha anterior a la nota marginal*.—Es necesario que en el acta conste (art. 1.º, 10, Orden de 1964):

- Que los titulares concurrieron por sí o debidamente representados.

propietarios de bienes expropiables. El expediente será único en los casos en que el objeto de la expropiación pertenezca en comunidad a varias personas, o cuando varios bienes constituyan una unidad económica.»

Artículo 27: «Se entenderá que existe unidad económica, a los efectos del artículo anterior: 1. Si se trata de fincas rústicas o urbanas, cuando se hallen inscritas o fueren susceptibles de inscripción bajo un mismo número, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.—2. En el supuesto de cosas muebles, cuando exista una unidad de hecho o de derecho.»

(9) NÚÑEZ RUIZ, *Ejecución de los planes de urbanismo*, Madrid, 1974, página 441.

- En su defecto, que se consignó o depositó el precio o la parte necesaria del mismo.
- En todo caso, los asientos que deban cancelarse y subsistir, con referencia a los datos registrales (art. 32, 5.ª, párrafo segundo, RH).

Si hubiesen de cancelarse hipotecas constituidas a favor de establecimientos oficiales de crédito, bastará para la cancelación que se acompañe certificación acreditativa de que se satisfizo a la entidad el débito.

b'') *Cargas cuyas inscripciones fuesen de fecha posterior a la nota marginal.*—Bastará que en el acta se haga constar, en forma genérica, que deben cancelarse (art. 1.º, 11, Orden de 1964).

c) *Requisitos de la actividad*

a') *Lugar:*

En el procedimiento ordinario, el acta se levantará ante el Alcalde (artículo 48, 2, LE), en el local que se designe (art. 49, 1, RE). En las expropiaciones urbanísticas especiales se verificará en el lugar que designe el órgano que ejerza la potestad expropiatoria.

Es indudable la aplicación a estas expropiaciones del precepto general del artículo 48, 2, *in fine*, LE, que permite que la expropiante y expropiada puedan convenir otro lugar del pago.

En todo caso, se exige que se exprese en el acta el lugar. Es el primero de los requisitos que exige el artículo 1.º de la Orden de 9 de marzo de 1964: el «lugar... de su otorgamiento».

b') *Tiempo:*

El órgano que ejerza la potestad expropiatoria señalará el día en que haya de procederse al pago, citando a los que hubieran de recibir el justiprecio «con la debida antelación» (art. 49, 1, RE).

La citación «en forma legal» es uno de los requisitos que exige el artículo 32, reglas 2.ª y 5.ª, RH.

De aquí que en el acta debe constar la fecha de su otorgamiento (artículo 1.º, 1, Orden de 1964); pero también deberá hacerse constar la citación previa con la debida antelación a los titulares del dominio y demás derechos sobre la finca.

c') *Forma:*

El acta se extenderá por escrito, ajustándose estrictamente a los requisitos del artículo 1.º de la Orden de 1964 y conforme al orden que el

mismo señala (art. 2.º de dicha Orden), debiendo firmarse por los intervinientes (10).

Parece evidente que el incumplimiento de estos requisitos formales no determinará, en todo caso, la invalidez del acta, sino únicamente cuando sea requisito esencial que dé lugar a indefensión (art. 48, LPA). Por ejemplo, parece no ofrecer duda que la falta de la firma del expropiado sería un defecto esencial que daría lugar a la invalidez; pero no tendría tan graves consecuencias expresar las circunstancias exigidas en el artículo 1.º de la Orden de 1964 por Orden distinta a lo en él previsto. El acta que incurriera en esta infracción sería irregular, pero válida y eficaz.

3. EFECTOS

a) *Efectos jurídico-materiales*

Levantada acta de ocupación, se producen importantes efectos jurídico-materiales. Como dice el artículo 128, 1, «levantada el acta o actas de ocupación, se entenderá adquirida, libre de cargas, la totalidad de las fincas comprendidas en la misma por la Administración expropiante».

Por tanto, aun antes de la inscripción en los libros del Registro de la Propiedad, los efectos traslativos de la propiedad se producen desde el momento mismo en que se levanta el acta de ocupación. El beneficiario de la expropiación—y no la Administración expropiante, como dice el precepto—adquiere las fincas o derechos expropiados.

Ahora bien, hasta que se opere la inscripción, no se producen todos los efectos que prevé el Ordenamiento urbanístico. El propio artículo 128, 1, después de disponer que levantada el acta se entenderán adquiridas las fincas expropiadas por la expropiante, dice: «... la cual será mantenida en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, sin que quepa ejercitar ninguna acción real o interdictal contra la misma...». Por tanto, para que se den los drásticos efectos del artículo 128 del nuevo texto, que suponen una modificación de los principios del Derecho común, es necesaria la inscripción en el Registro.

b) *Efectos jurídico-registrales*

El acta de ocupación, unida a la de pago, «será título bastante para que en el Registro de la Propiedad y en los demás Registros públicos se

(10) Si alguno no supiera o no pudiera firmar, se hará constar esta circunstancia y estampará su huella dactilar, cuya autenticidad acreditará el funcionario interviniente (art. 1.º, apartado 12, Orden de 1964).

inscriba o tome razón de la transmisión de dominio y se verifique, en su caso, la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afecta la cosa expropiada» (art. 53, LE) (11). En el mismo sentido, el artículo 60, RE, y artículo 32, 4.ª, RH. El artículo 127, 2, LS, reitera estas reglas generales y añade que «dicho título... deberá ir acompañado, en su caso, de los respectivos planos, una de cuyas copias se archivará en el Registro». El inciso «en su caso» presupone que no se exigirá el plano «en todo caso», que podrán existir supuestos en que no debe acompañarse. Teniendo en cuenta que si no pudiera hacerse constar alguna circunstancia se expresará así en el título y en la inscripción (art. 32, 6.ª, RH; art. 2.º, Orden de 9 de marzo de 1964), parece evidente que la falta de tal plano no puede ser un obstáculo a la inscripción.

A efectos de inscripción no es necesario presentar el documento original. El artículo 3.º de la Orden de 1964 dice que «los documentos necesarios para la inscripción podrán sustituirse, en todo caso, mediante certificación literal de los mismos expedida por el organismo expropiante».

Estos documentos no sólo permiten la inscripción de la finca a favor del adquirente, sino incluso la inmatriculación. Cuando alguna de las fincas adquiridas no estuviese inmatriculada, no será obstáculo para que tenga acceso al Registro la adquisición en virtud de expropiación.

Se ha justificado esta eficacia inmatriculadora por la naturaleza jurídica especial de la institución. Como dice una Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de octubre de 1952, «la expropiación forzosa, por su naturaleza privilegiada, da lugar a una titularidad en cierto modo originaria, nacida de un acto del poder estatal» (12). Y otra de 25 de febrero de 1953 dice que produce una transmisión *sui generis* del dominio a favor del expropiante, conforme a lo prevenido en el artículo 299, RH, y párrafo final del artículo 313, LH, y puede originar una inscripción de inmatriculación a favor del expropiante si se han cumplido los trámites legales de aquélla (13).

c) Efectos jurídico-procesales

El acto administrativo que, dentro del procedimiento administrativo,

(11) ALVAREZ RICO, «La inscripción en el Registro de la Propiedad de los terrenos expropiados con motivo de grandes obras hidráulicas construidas por el Estado», *RCDI*, 1969, pág. 1245.

(12) Publicada en ROCA y MOLINA, *Jurisprudencia registral*, Barcelona, 1967, tomo IX, págs. 173 y ss.

(13) ROCA, *Derecho hipotecario*, 6.ª ed., Barcelona, 1958, III, pág. 713; CAMY, *Comentarios*, cit., II, págs. 779 y ss.; CASERO, *Legislación hipotecaria*, 1969, página 492.

tiene normalmente carácter definitivo y, por tanto, susceptible de impugnación según las reglas generales (art. 113, LPA; art. 37, LJ), es el que fija el justiprecio (art. 126, LE; art. 140, RE).

En definitiva, el acta de pago y de ocupación se limitan a dejar constancia de actos de ejecución de la resolución fijando el justiprecio. En cuanto se ajusten a ésta estarán legitimados por ella. Como tales actos de ejecución no son susceptibles de impugnación autónoma: la interposición y, en su caso, estimación de los recursos contra el acto definitivo de que son ejecución, determinaría la invalidez de los mismos.

Ahora bien, es admisible la impugnación autónoma en el supuesto de que tales actos, autónoma, abstracción hecha de aquel de que traen causa, incurran en infracción del Ordenamiento jurídico o bien cuando infrinjan lo dispuesto en el acto legitimador.

En estos supuestos, el titular de las fincas o derechos que se pretenden ocupar podrá acudir en defensa de los mismos a:

a') La jurisdicción contencioso-administrativa, después de agotar la vía administrativa, contra el acto que incurriese en infracción del Ordenamiento jurídico (v. gr., si se refiriese a fincas distintas de las que fueron objeto del procedimiento).

b') La jurisdicción ordinaria, en el supuesto de que la ocupación se intentase sin estar legitimada por el acto administrativo. Estaríamos ante un supuesto de vía de hecho no sólo cuando falta en absoluto el acto administrativo—bien porque no existió o fue anulado en el procedimiento ordinario—o se ha dictado con ausencia total del procedimiento expropiatorio, sino también cuando el acto no despliega eficacia legitimadora respecto de la ocupación pretendida por referirse a sujetos o fincas distintas (14). A tenor del artículo 125, LE, en estos supuestos podrá el expropiado utilizar todos los medios legales procedentes, incluso los interdictos de retener y recobrar, para que los jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida.

III. INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. IDEA GENERAL

El artículo 60, 1, RE, dice: «Cuando los bienes objeto de la expropiación sean inscribibles en algún Registro público, el expropiado o el

(14) Me remito a mi trabajo «El juez ordinario, defensor de la legalidad administrativa», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1971, págs. 99 y ss.

beneficiario solicitarán la inscripción en el mismo de la transmisión, constitución o extinción de los derechos que hayan tenido lugar por la expropiación forzosa.» El precepto, pues, impone al expropiante o beneficiario el deber de inscribir en los Registros públicos «la transmisión, constitución o extinción de los derechos». Si tuviese por objeto bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, la inscripción tendrá lugar en el Registro de la Propiedad.

Por la especial naturaleza del acto, que da lugar a las mutaciones jurídico-civiles que tienen acceso al Registro, el régimen general regulado en la LH y RH sufre algunas importantes excepciones.

Por lo pronto, según se ha señalado, se produce una reducción del ámbito de la función calificadora (15). El Registrador, indudablemente, previamente a la inscripción, calificará, bajo su responsabilidad, la legalidad de las firmas extrínsecas del documento, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos por lo que resulte del documento y los asientos del Registro, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18, LH. Pero los efectos de la observancia de ciertos defectos, que en los demás casos motivarían la denegación de la inscripción, no siempre son los generales. A veces, las normas especiales se apartan del mismo. Quizá el ejemplo más expresivo sea el del apartado 3 de este artículo 127, justamente criticado (16).

Vamos a intentar resumir el régimen jurídico de la inscripción de las expropiaciones urbanísticas subrayando las especialidades que el mismo ofrece.

(15) CAMY, *Comentarios*, cit., pág. 780; FUENTES SANCHIZ, *El Registro de la Propiedad*, cit., pág. 1364.

(16) Así, ABELLÁ, *La Ley del Suelo*, cit., pág. 188, dice: «No resulta ciertamente el precepto de que ahora nos ocupamos un prodigio de claridad. En definitiva, lo importante es que permite inscribir la totalidad o parte de la superficie objeto de actuación, aun cuando alguna o algunas de tales fincas no estuviesen inmatriculadas con anterioridad, admitiendo en estos casos la inscripción directa, con el único requisito de dejar en el asiento la oportuna nota. Como título inscribible servirá el acta o actas de ocupación, acompañados del justificante de pago o consignación en depósito del importe del justiprecio. Para mayor claridad de estas operaciones, los títulos se acompañarán del plano de la finca. Estos procedimientos, si bien expeditivos desde el punto de vista práctico, no dejan de ser un precedente peligroso en casos dudosos, pues pese a todo la inscripción se llevará a cabo, a condición de que las circunstancias dudosas se pongan en conocimiento del órgano expropiante, por si fuesen precisas posteriores actuaciones rectificatorias.»

2. REQUISITOS

a) *Requisitos subjetivos*

a') *Registrador de la Propiedad:*

Rige la regla general sobre competencia de los artículos 1, LH, y 2, RH. En consecuencia, la inscripción se hará en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles.

b') *Interesado:*

El artículo 60, 1, RE, dispone que «el expropiante o el beneficiario *solicitarán* la inscripción». El hecho de que la legislación expropiatoria imponga el deber de solicitar la inscripción a estos sujetos no supone una derogación de la regla general del artículo 6, LH, que confiere legitimación para pedir la inscripción no sólo al que adquiere el derecho (apartado *a*)), sino también al que lo transmite y a quien tenga interés en asegurar el derecho que se debe inscribir.

b) *Requisitos objetivos*

El ejercicio de la función calificadora, a fin de verificar la posibilidad de inscripción, se extiende, según el artículo 18, LH, a los elementos siguientes:

a') *Sujetos:*

a'') *Identidad del sujeto.*—El Registrador ha de verificar, en primer lugar, la identidad de los sujetos titulares de los derechos afectados por la expropiación. En este aspecto, las normas son terminantes. No se admite excepción alguna. El artículo 32, regla segunda, empieza así: «Para que los títulos de expropiación *puedan inscribirse...*» Y la regla quinta, párrafo segundo, del mismo artículo dice: «Para que *puedan* cancelarse los asientos...»

Se establece, por tanto, la imposibilidad absoluta de que tengan acceso al Registro las expropiaciones cuando el procedimiento no se ha seguido frente a quienes, según el Registro, eran titulares registrales de las fincas o derechos expropiados o de las cargas que han de cancelarse—o frente a sus causahabientes.

Es necesario que el procedimiento se haya seguido frente a ellos y que hubiesen comparecido al acto del pago o de ocupación—salvo el supuesto de consignación por los motivos autorizados—. Así lo establece el artículo 126, 2, LS. Lo que no es sino una aplicación de la regla general del artículo 3, LE, y del artículo 49, apartado 4, RE.

Para que puedan inscribirse los títulos de expropiación es necesario que los expropiados, que las personas titulares del dominio o derechos reales afectados, sean quienes, según los libros del Registro, son titulares del derecho.

En el acto de ocupación puede haber intervenido, en su caso, persona distinta (como el Ministerio Fiscal). Pero ello sólo cuando se da algún supuesto concreto en que así lo autoriza la ley. Y, por supuesto, siempre que se hayan cumplido los requisitos formales de citación que garanticen la comparecencia en el procedimiento de los expropiados (artículo 1.º, apartados 6 y 7, Orden de 9 de marzo de 1964).

b'') *Capacidad de los otorgantes.*—La «capacidad de los otorgantes», que constituye otro de los elementos a los que se extiende la función calificadora, queda simplificada en los expedientes expropiatorios. El carácter imperativo del sacrificio patrimonial que la expropiación comporta determina la autorización general para enajenar, que establece el artículo 6, LE.

En los supuestos de incapacidad, se entenderá la actuación con los representantes legales (art. 5.º, apartado 1, LE; art. 1.º, apartado 6, Orden de 9 de marzo de 1964). Si no se hubiese nombrado tutor o representante actuará el Ministerio Fiscal (art. 5.º, 1, LE).

Asimismo, el requisito que, con carácter general, establece el artículo 103, segundo, LH, del consentimiento del titular de las cargas que se cancelen, no tiene aplicación aquí. Unicamente se exigirá la comparecencia del mismo al otorgamiento del acta de pago y ocupación (artículo 126, 2, LS; art. 1, apartado 10, Orden de 9 de marzo de 1964). Lo que es una consecuencia de la norma general contenida en el artículo 6, apartado 1, RE, al disponer que los titulares de derechos reales «no percibirán indemnización independiente, sin perjuicio de que puedan hacer valer sobre el justo precio derivado de la expropiación forzosa». Si ésta es la situación jurídica de los titulares de derechos reales sobre las fincas, cuando no sea el derecho real el objeto directo y exclusivo de la expropiación bastará la constancia de su citación personal al acto de pago, a fin de que tenga conocimiento del mismo y pueda adoptar las medidas pertinentes para que el propietario de la finca cumpla sus obligaciones.

c'') *Terceros interesados.*—El procedimiento habrá de haberse seguido necesariamente—como se ha señalado—contra el titular registral del derecho. En el supuesto de existencia de títulos contradictorios, también serán parte los que presenten estos títulos (art. 5.º, 2, LE). Cuando se plantee un problema de una posible inexactitud registral, bien por la posible existencia de doble inscripción o por falta de coordinación entre el Registro de la realidad, sólo podrá pagarse el justiprecio

al que acredite ser el verdadero titular, previa la correspondiente rectificación «mediante cualquiera de los medios señalados en la legislación hipotecaria» (art. 126, 3, LS).

La LS, después de la reforma de 1975, en su artículo 128, apartado 1, establece: «Tramitado el procedimiento expropiatorio en la forma establecida en los artículos anteriores y levantada el acta o actas de ocupación, se entenderá adquirida, libre de cargas, la totalidad de las fincas comprendidas en la misma por la Administración expropiante, la cual será mantenida en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, sin que quepa ejercitar ninguna acción real o interdictal contra la misma, aun cuando posteriormente aparezcan terceros interesados no tenidos en cuenta en el expediente, quienes, sin embargo, conservarán y podrán ejercitar cuantas acciones personales pudieran corresponderles para percibir el justiprecio o las indemnizaciones expropiatorias y discutir su cuantía...» Esta brutal ruptura con los principios más elementales únicamente se refiere al supuesto de que aparezcan esos «terceros interesados no tenidos en cuenta en el expediente» *«una vez que haya inscrito su derecho» el beneficiario*. Dado el carácter excepcional de la norma no puede aplicarse a supuestos distintos a los estrictamente contemplados por ella. Por tanto, únicamente tendrá aplicación después de operada la inscripción. Si antes de ésta aparecen los «terceros interesados», podrán plantear la cuestión, y al adquirir la propiedad el carácter de litigiosa, la representará el Ministerio Fiscal (art. 5.º, 1, LE). En todo caso, aun cuando no se plantee el proceso para decidir cuál de los dos asientos es el preferente, habrá de seguirse el procedimiento expropiatorio frente a todos (art. 5.º, 2, LE).

Ahora bien, si antes de la inscripción no aparecen esos posibles «terceros interesados» y el procedimiento se ha seguido con quien es titular del derecho que aparece inscrito en el correspondiente asiento, la inscripción de la expropiación a favor del beneficiario producirá los efectos del artículo 128, 1, LS, haciendo la adquisición inatacable (17).

b') *Objeto:*

a'') *Justiprecio*.—Para que tenga acceso al Registro la transmisión, constitución o extinción de derechos que se hubiesen operado por la Administración es necesario que el titular registral—salvo que se demuestre por la correspondiente certificación la no inscripción—reciba el justiprecio fijado definitivamente en vía administrativa o que se hubiese consignado éste por darse alguno de los motivos del artículo 51, RE

(17) NÚÑEZ RUIZ, *Ejecución*, cit., pág. 441; ABELLÁ, *La Ley del Suelo*, cit., página 189.

(artículo 32, cuarta, RH; art. 126, 2, LS; art. 1.º, apartado 7, Orden de 9 de marzo de 1964).

El Registrador, pues, debe verificar el cumplimiento de estos extremos en el ejercicio de la función calificadora, a la vista de lo que resulte del título (actas de ocupación y, en su caso, de pago o depósito) y de los propios asientos.

b'') *Finca*.—Como la no inmatriculación de la finca o fincas no constituye un obstáculo a la inscripción, el acceso a los libros del Registro de la expropiación puede suponer una inmatriculación o una inscripción.

En el supuesto de que estuviese inscrita la finca o fincas afectadas por la expropiación deberá verificarse la identidad de las mismas en relación con el titular expropiado, a fin de inscribir la transmisión a favor del beneficiario, así como la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales a que estuviese afecta (art. 62, 4, RE).

En el supuesto de inmatriculación ha de verificarse la no inscripción de la finca o fincas. Y «cuando se dude de la identidad de la finca a que se refiere la expropiación respecto a otras ya inscritas, pero no comprendidas en ella, deberá procederse en la forma determinada en los artículos 300 y 306, RH». Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de febrero de 1953 (18). Es decir, siempre que el Registrador compruebe la existencia de algún asiento sobre una finca cuya descripción «coincida en algunos detalles con la contenida en el título que se pretende inscribir» (art. 300, RH) suspenderá la inscripción solicitada, extenderá anotación preventiva si la pidiera el interesado y remitirá copia de los asientos contradictorios al funcionario que hubiese autorizado el acta de ocupación (art. 1.º, apartado 4, Orden de 1964), que podrá acudir al Juez de Primera Instancia del partido en que radique el inmueble, a los efectos del artículo 306, RH (19).

(18) CAMY, *Comentarios*, cit., II, págs. 780 y ss.; ROCA, *Derecho hipotecario*, citado, III, pág. 713. El texto de la misma, en ROCA y MOLINA, *Jurisprudencia registral*, cit., tomo IX, págs. 207 y ss.

(19) La citada Resolución de 25 de febrero de 1953 (cfr. ROCA y MOLINA, *Jurisprudencia registral*, cit., IX, pág. 213, dice: «Cuando el Registrador declare si las fincas que se pretenda inmatricular se hallan inscritas con distintas descripciones, surge una cuestión de hecho que ha de ser resuelta por el Juez de 1.ª Instancia, conforme a los artículos 300 y 306, RH, según declaró la Resolución de 29 de julio de 1949, y este procedimiento parece aplicable al caso debatido... Que la necesidad de identificar las fincas que se inscriban o inmatriculen suscita una delicada tarea registral nacida de la falta de datos catastrales, por los graves perjuicios que una doble inmatriculación puede causar, y, por tanto, en los casos de expropiación forzosa de urgencia no se debe prescindir del examen de los asientos del Registro y de los índices, no sólo para cumplir el tracto sucesivo y ver si las fincas constan inscritas, sino también para la debida protección a los propietarios y titulares de derechos reales afectados.»

Se plantea el problema de hasta qué punto rigen estas reglas generales en las expropiaciones urbanísticas. ¿El apartado 3 de este artículo 127 constituye una derogación del régimen general?

Este precepto se refiere a un supuesto concreto: que surgiesen dudas sobre si dentro de la superficie ocupada existiese alguna finca registral no tenida en cuenta en el expediente expropiatorio. Cuando así ocurra, se procederá en la forma prevista en dicho párrafo. Pero no en los demás supuestos.

Por tanto, de los distintos supuestos de duda que pueden plantearse, según el artículo 300, RH, el único que se exceptúa del régimen general previsto en este artículo, en relación con el artículo 306 del mismo Reglamento, es el de que la duda consistiera en la posibilidad de que dentro de la superficie total expropiada existiese una finca registral no tenida en cuenta. Tanto estemos ante un supuesto de inmatriculación o no, regiría la regla especial del artículo 127, 3. Pero si surgiese cualquier otro tipo de duda, se aplicaría para las inmatriculaciones el régimen de los artículos 300 y 306, RH.

El artículo 128, 2, LS, contiene, para el supuesto de que aparezcan después de la inscripción fincas o derechos inscritos anteriormente, un régimen análogo al de aparición de «terceros interesados», ya examinado. Dice así: «Si con posterioridad a la inscripción del acta conjunta de ocupación aparecieran fincas o derechos anteriormente inscritos que no se tuvieron en cuenta en el expediente expropiatorio, la Administración expropiante, de oficio o a instancia de parte interesada o del propio Registrador, solicitará de éste que practique la cancelación correspondiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior.» Es decir, se refiere a que aparezcan las fincas después de la inscripción, *con posterioridad a la inscripción del acta conjunta de ocupación*. Pero, a diferencia de que apareciesen terceros interesados, en que únicamente es posible aplicar el artículo 128 cuando tuviese lugar después de la inscripción, el artículo 127, apartado 3, viene a aplicar estas especialidades tanto cuando aparezcan las fincas antes o después de la inscripción. Porque aun cuando la redacción de uno y otro precepto no es idéntica, el artículo 127, 3, al referirse a que «dentro de la superficie ocupada existiese alguna finca registrada no tenida en cuenta», viene prácticamente a comprender todos los supuestos de que surgieran fincas o derechos anteriormente inscritos no tenidos en cuenta en el expediente expropiatorio.

c'') *Derecho*.—Si el objeto de la expropiación fuese un derecho real distinto del dominio (art. 1.º, apartado 9, Orden de 9 de marzo de 1964) puede ocurrir:

a''') Que el derecho existiera anteriormente como tal derecho inde-

pendiente del dominio. Habrá de verificarse su identidad y titularidad a costa del que fue expropiado y parte en el procedimiento expropiatorio (20).

b'') Si se constituye en virtud de la expropiación sobre la finca que sigue siendo del particular, habrá de verificarse asimismo la identidad—y titularidad—de la finca sobre que recae.

d'') *Acta y documentos:* a'') *Documentos.*—El Registrador calificará «la forma extrínseca de los documentos» (art. 18, LE). La Orden de 9 de marzo de 1964, artículo 3.º, reconoce esta función calificadora respecto de los documentos necesarios para la inscripción. En consecuencia, verificará si se cumplen las formalidades exigidas por esta Orden ministerial y si reúnen todas las circunstancias en ella previstas.

Ahora bien, en el supuesto de que falte alguna de estas circunstancias, no será obstáculo a la inscripción (art. 32, 6.ª, RH; art. 2.º, Orden de 1964), ya que se admite expresamente que cuando no pudiera consignarse alguna de ellas, «se hará constar así en el acta y, en su caso, en la inscripción». De donde se desprende que:

- Si no consta un dato, pero no se expresa que no ha podido consignarse, existirá un defecto. Para que la falta de consignación no constituya defecto es necesario que se indique la imposibilidad.
- En todo caso, aun cuando se exprese la imposibilidad de consignación, no podrá dispensarse de la falta de algún dato esencial, como la constancia de la cantidad a que asciende el justiprecio y a que se hace el pago o el motivo por el cual se procede a la consignación.

c) *Requisitos de la actividad*

Hasta aquí se han examinado los requisitos subjetivos y los objetivos, determinando en estos últimos el ámbito de la función calificadora.

En cuanto a la actividad en sí misma considerada, haremos mención al tiempo y a la forma.

a') *Tiempo:*

No se establece plazo alguno para que se inste la inscripción. El artículo 60, 1, RE, establece que «el expropiante o beneficiario solicitarán

(20) El artículo 62, 2, RE, dice: «Cuando la finca expropiada no estuviese inscrita se practicará la correspondiente inmatriculación, excepto si ha adquirido la condición de dominio público como consecuencia de la expropiación.»

la inscripción», pero no establece plazo alguno al respecto. El procedimiento para solicitar la inscripción podrá, por tanto, incoarse en cualquier momento. Ahora bien, regirán las reglas generales sobre presentación de documentos (arts. 248, 251 y 252, LH).

b') *Forma:*

Las mutaciones de la realidad jurídico-privada que se operan como consecuencia de la expropiación tendrán acceso al Registro a través del asiento o inscripción correspondiente (art. 242, LH; art. 41, RH), produciéndose asimismo las mutaciones necesarias de las fincas registrales. Principalmente las siguientes (art. 49, RH):

a'') *Agrupaciones.*—Cuando la finalidad de la expropiación así lo exija, se reunirán dos o más inscritas para formar una sola (art. 45, RH). Cuando, como consecuencia de las expropiaciones urbanísticas, alguna de las fincas que hubiesen de agruparse no estuviese inmatriculada, no será obstáculo a la agrupación. El artículo 127, 1, *in fine*, dice que «al margen de la inscripción de las fincas agrupadas, y con efecto de transferencia, se extenderá la oportuna nota».

b'') *Segregaciones.*—Sí, por el contrario, únicamente es necesaria la expropiación de parte de una finca, se procederá a la segregación de la misma (art. 1.º, apartado 8, Orden de 9 de marzo de 1964) aplicándose las reglas generales (art. 47, RH).

3. PROCEDIMIENTO

El procedimiento registral se rige por las reglas generales. Las normas que se contienen en la Orden de 9 de marzo de 1964 (arts. 3.º y 4.º) no son sino desarrollo y cumplimiento de las comprendidas en la LH y el RH (21). En síntesis, pues, los trámites del procedimiento son los siguientes:

a) *Solicitud de la inscripción*

Las personas legitimadas, según el artículo 6.º, apartados a), b) y c). LH, podrán solicitar la inscripción por sí o por medio de representante, que no necesitará acreditar la representación por presumirse, según el artículo 24, 2, LPA.

No será necesario formular la solicitud por escrito, según el artículo 69, LPA. Se deduce oralmente por comparecencia ante el titular del

(21) En cuanto procedimiento especial (art. 1, apartado 7.º, D. de 10 octubre 1958), la LPA regirá en los términos previstos en el artículo 1, apartado 2, de la misma.

órgano. Y hasta es innecesaria la solicitud expresa oral, ya que se presume por el hecho de presentación del documento. En este supuesto estamos ante un típico acto presunto.

Como en las expropiaciones urbanísticas la beneficiaria será frecuentemente una entidad pública, que deberá solicitar la inscripción (art. 60, 1, RH; art. 128, 1, LS), ésta podrá producirse—y se producirá normalmente—por el medio de comunicación normal entre órganos públicos: el oficio, con el que remitirá los documentos necesarios para la inscripción. Si bien se exigirá la presentación en la forma prevista en el artículo 418, párrafo segundo, RH.

En el momento de ser presentado el título, se extenderá en el Diario el asiento de representación (art. 416, párrafo primero, RH), se hará constar así en la cubierta del documento o al final del mismo (art. 416, párrafo tercero, RH) y se entregará al presentador, si lo pidiere, recibo en los términos del artículo 417. Esta regulación específica y los efectos propios del asiento de presentación (arts. 17 y 19, RH) excluye la aplicación del artículo 66, LPA, al permitir la presentación de escritos dirigidos a un órgano administrativo en órganos distintos al destinatario, que se especifican en este precepto. Esto no quiere decir que no pueda utilizarse el correo como vehículo para hacer llegar al Registro competente el documento y la solicitud de la inscripción, sino que cuando así se haga no tendrá entrada el documento en el Registro hasta que llegue a éste y se extienda el asiento de presentación (en contra de lo dispuesto en el artículo 66, apartado 5, LPA). El artículo 418, párrafo primero, RH, establece que los Registradores «no estarán obligados a extender el asiento de presentación de los títulos que reciba por correo». Pero el hecho de que no estén obligados, no quiere decir que no puedan hacerlo. No sólo pueden, sino que deben, ya que la norma del artículo 418 del Reglamento pugna con la normativa vigente sobre actuación de los órganos administrativos, que no pueden desconocer la realidad sobre los medios de comunicación normalmente utilizados.

Aun cuando el artículo 49, LE, establece que el pago del justiprecio «está exento de toda clase de gastos, impuestos y gravámenes o arbitrios del Estado, provincia o municipio», no se excluye la aplicación de lo dispuesto en los artículos 254 y 255, LH, cuando se trata de inscribir una expropiación urbanística, ya que puede estar sujeta al pago de impuestos o arbitrios (art. 188 ter, LS).

b) *Subsanación de defectos*

a') Si al ejercer la función calificadora se observa la existencia de defectos subsanables, el Registrador competente, sin perjuicio de hacerlo

constar al pie del documento, dirigirá oficio al organismo expropiante, en el que de forma clara y concreta se expresará (art. 4, Orden de 9 de marzo de 1964):

- Los defectos observados.
- Su trascendencia.
- Precepto legal que considere infringido.
- Forma de subsanarlos.

b') El organismo expropiante podrá proceder a la subsanación durante el plazo de vigencia del asiento de presentación, pudiendo asimismo solicitar la anotación preventiva (arts. 19 y 42, octavo, LH; arts. 110 y 111, RH).

c') Ahora bien, si en cuanto a los plazos para subsanar rigen las normas generales, en cuanto al procedimiento rigen normas especiales, por la naturaleza pública del órgano expropiante. A tenor de lo dispuesto en el artículo 3.º, Orden de 9 de marzo de 1964, no es necesario retirar el documento. Según este precepto, «las faltas se subsanarán por certificación de dicho organismo en que se consignen los datos o se transcriba en todo o parte los documentos que procedan». El organismo expropiante, pues, al recibir el oficio del Registrador en el que se consignen los defectos podrá:

- Subsanan los defectos expidiendo la correspondiente certificación, que remitirá al Registro.
- Abstenerse de subsanar el defecto.

c) Resolución

Dado el régimen especial de presentación y de los plazos, no rigen en el procedimiento registral las normas sobre silencio administrativo. Será necesaria, por tanto, resolución expresa, que no es preciso sea escrita.

Esta resolución puede consistir en:

a') *Acceder a la inscripción solicitada.*—Bien porque los documentos no presenten inicialmente defecto alguno o porque, concurriendo defecto subsanable, se hubiese subsanado por el órgano competente (22). Una vez inscrito, se devolverá el documento (art. 417, RH).

b') *Denegar la inscripción.*—Procederá denegar la inscripción solicitada:

1.º *Cuando la falta del título sujeto a inscripción fuese insubsanable.*

(22) Si la subsanación se produce después de caducar la vigencia del asiento de presentación, se aplicará la regla general del artículo 111, RH.

ble (art. 65, LH).—Si el título adoleciera de algún defecto que debiera ser calificado así procederá la denegación de la inscripción, sin que se exija trámite previo alguno.

2.º *Cuando la falta fuese subsanable* (art. 65, LH), únicamente procederá la denegación de la inscripción cuando dirigido al órgano expropiante el oficio a que se refiere el artículo 4.º, Orden de 9 de marzo de 1964, no se subsanase el defecto (bien por no realizar actividad alguna o por no subsanarse la falta a satisfacción del Registrador) (art. 19, LH) durante la vigencia del asiento de presentación. Si se subsanase después de caducado el asiento de presentación o la anotación preventiva, en su caso, requerirá nueva presentación (23).

d) *Recurso gubernativo*

En los supuestos de denegación se devolverá el documento al presentador, a fin de que pueda ejercitar los recursos admisibles (art. 19, LH). Aun cuando las personas a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción—que son las legitimadas principalmente para interponer el recurso gubernativo, según el artículo 112, RH—fueran un ente público, aun cuando fuera el Estado, es indudable que la vía admisible para impugnar la resolución denegatoria de la inscripción es el recurso gubernativo.

La naturaleza administrativa del Registro de la Propiedad no comporta la posibilidad de utilizar los procedimientos de revisión de oficio, que regulan los artículos 109 y 110, LPA, cuando el acto denegatorio de la inscripción incurriese en alguno de los motivos que dichos artículos prevén para declarar la nulidad o anular el acto. La naturaleza especial del acto registral excluye esta posibilidad, dejando como única vía posible de impugnación la del recurso especialmente instituido al efecto (24).

(23) Así, artículo 111, R. H. Esta nueva presentación surtirá efectos desde la fecha del nuevo asiento en el Diario, dando lugar a un nuevo procedimiento registral.

(24) Sin embargo, en el supuesto contrario, esto es, inscripción de la expropiación forzosa por considerarse que el acto es válido, sí es posible que el procedimiento de revisión de oficio pueda tener eficacia para anular y cambiar la inscripción. Pues como el acto objeto de inscripción es administrativo, si incurriera en algún vicio de nulidad absoluta o en infracción manifiesta de las leyes, cabría seguir los procedimientos de revisión de oficio de los artículos 109 y 110, LPA, para privar de efectos al acto y la resolución anulatoria comportaría la de los asientos respectivos. Así, en mi trabajo *Los efectos de la inscripción*, cit., pág. 28. Es más, habiéndose considerado que los actos de expropiación, en lugar de reconocer derechos subjetivos, son actos de gravamen, es evidente que la nulidad, anulación o revocación de ellos se declara incluso al margen del procedimiento formal de revisión de los artículos citados de la LPA. Por lo que si así ocurre y la Administración expropiante anulara el acto de expropiación, esta anulación determinaría la cancelación del asiento respectivo. Sobre el problema de la revocabilidad de los actos administrativos de gravamen, me remito a mi trabajo *Los recursos administrativos, y económico-administrativos*, 3.ª ed., Madrid, 1975, págs. 63 y ss.

4. EFECTOS

a) *Efectos normales*

Una vez inscrita en el Registro de la Propiedad la transmisión, constitución o extinción de los derechos objeto de la expropiación (artículo 62, RE) se producirán los efectos normales que la ley confiere a los asientos del Registro. Estos producirán los efectos que la ley establece, abstracción hecha de la naturaleza especial objeto de ellos. De aquí que el artículo 60, 2, RH, excluya de la inmatriculación los bienes que hubiesen adquirido la condición de dominio público como consecuencia de la expropiación. Lo que no es muy correcto, ya que la expropiación no confiere la condición de dominio público, confiere la propiedad sobre el bien; pero es la afectación la que implica el nacimiento del dominio público. En el supuesto de que la expropiación dé lugar a la inmatriculación de la finca (art. 62, 2, RE; art. 127, 1, LS), ¿estará sujeta al límite temporal que el artículo 207, LH, señala para la inscripción de la inmatriculación de los artículos 205 y 206? Parece que no. Porque este artículo 207, LH, únicamente establece las limitaciones para las inmatriculaciones que se practiquen según los dos artículos anteriores. Y la inmatriculación en virtud del acta de ocupación de la finca expropiada no se practica al amparo de ninguno de estos artículos, sino por así autorizarlo preceptos especiales que no prevén limitación alguna. El acta de ocupación y, en su caso, de pago, presuponen un procedimiento expropiatorio y unas garantías formales que no se dan en el supuesto del artículo 206, LH. De aquí que no tenga sentido la limitación del artículo 207.

No obstante esta regla general, la especialidad del acto que motiva la inscripción forzosamente ha de repercutir en su eficacia. Por lo pronto, se darán las especialidades propias de la inscripción de todo acto administrativo (25). Pero aparte de esta derogación del régimen común por la naturaleza administrativa del acto, existen otras propias de las expropiaciones urbanísticas.

b) *Efectos especiales*

La eficacia que el Registro confiere a la inscripción viene a incidir sobre la eficacia del acto administrativo. Si todo acto administrativo es obligatorio y ejecutivo (art. 33. LRJ; art. 44 y 45, LPA; art. 365, LRL), estando investido de presunción de legitimidad, la inscripción en el Registro no hace más que confirmar o reiterar aquella presunción de que

(25) Me remito a *Los efectos de la inscripción de los actos administrativos*, citado, págs. 9 y ss.

participa todo acto administrativo. Y cuando el adquirente reúne los requisitos del artículo 34, LH, el principio de fe pública registral desplegará su eficacia plenamente a favor del beneficiario de la expropiación.

Pues bien, cuando se trata de la inscripción de una expropiación por razón de urbanismo, la eficacia del Registro va más allá de la que se da con carácter general. En efecto: para que el tercero de buena fe sea mantenido en su adquisición es necesario que se den todos los requisitos del artículo 34, LH. Si falta alguno de estos requisitos no opera la protección del principio de fe pública registral. Sin embargo, la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho a favor del beneficiario de una expropiación urbanística le confiere la protección plena en su adquisición, aunque no se den los requisitos del artículo 34, LH. Incluso cuando la causa que pueda determinar la invalidez consista en el mismo Registro. Porque el artículo 128 dispone que una vez inscrito el derecho a favor de la expropiante—mejor: beneficiaria—, «será mantenida en su adquisición... aun cuando posteriormente aparezcan terceros interesados» o... «finca o derechos anteriormente inscritos que no se tuvieron en cuenta en el expediente expropiatorio».

En estos supuestos se reconoce el derecho de los verdaderos titulares «a percibir el justiprecio o las indemnizaciones expropiatorias y discutir su cuantía». Pero el adquirente en virtud de la expropiación es mantenido en su derecho, los asientos a que hubiera dado lugar subsistirán con plena eficacia y se procederá a cancelar en otros asientos contradictorios con el derivado de la expropiación (26).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Registrador de la Propiedad

(26) En la línea crítica de estas medidas excepcionales, ABELLÁ, *La Ley del Suelo*, cit., pág. 189.

Inscripción de las concesiones de hidrocarburos

Desde el lugar de la costa mediterránea en que pasamos cada año nuestras vacaciones veraniegas, se divisa en la lejanía la tenue silueta de la torre de sondeo bautizada con el sonoro nombre de «Chaparral»; a nadie ha de extrañar—esperamos—que la tan reiterada visión de esa silueta nos haya llevado finalmente a la consideración del tema enunciado y del todavía no resuelto problema registral que plantea.

I. INTRODUCCION

La investigación y explotación de los hidrocarburos se regula en nuestra patria por la Ley de 26 de diciembre 1958, íntegramente vigente en la actualidad (sus arts. 38 a 40, sobre tributación, fueron formalmente sustituidos por el Decreto de Tasas Parafiscales de 1.º de diciembre de 1966, pero su contenido sustantivo no ha variado), por el Reglamento de 12 junio 1959 (cuy art. 172 fue ampliado por Decreto de 22 julio 1965, y el 101 modificado por el Decreto de 7 septiembre 1966) y por diversas disposiciones complementarias, entre las que, prescindiendo de las referentes a los territorios de Africa (Reglamento especial de 25 junio 1959, Orden complementaria de 16 enero 1962 y Decreto de 22 junio 1962, creador de la Comisión de Coordinación para la aplicación de la Ley en los territorios africanos), podemos destacar el Decreto de 11 junio 1959, sobre delimitación de zonas reservadas al Estado en la Península; el de 26 octubre 1961, sobre convenios entre Compañías titulares conjuntas de permisos de investigación; el de 27 octubre 1966, sobre autorizaciones para trabajos relacionados con hidrocarburos en áreas marítimas; el de 9 de marzo 1968, sobre el régimen de autorización de las refinerías de petróleo; y, en materia de contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos, la Orden de 13 junio 1962, mo-

dificada por la de 11 julio 1963, y el Convenio Internacional de Londres (1962), ratificado por España y cuyo texto definitivo publicó el B. O. del E. en 28 octubre 1967.

Nada diremos aquí de la enorme importancia adquirida por los hidrocarburos, y singularmente por el petróleo, desde su «redescubrimiento», mediado el siglo XIX, por el maquinista retirado Drake en Titusville, Pennsylvania, pues es tema que airean a diario en tono mayor periódicos y revistas. Tampoco tomaremos partido en cuanto a las muy diversas estimaciones cuantitativas de las reservas petrolíferas españolas, que, como las de cualquier otro lugar, sólo pueden ser por el momento objeto de hipótesis más o menos aproximadas; entre otras cosas, porque los sistemas tradicionales de prospección y de sondeo van siendo superados de día en día en técnicas y medios, y porque, en el estado actual de los trabajos, tan verosímiles—o tan poco verosímiles—pueden parecer las tesis más pesimistas, como la del científico ruso Kalinko, que afirmó la existencia en las entrañas de la tierra de veinticinco billones de toneladas de petróleo, nada menos.

De la Ley de 26 diciembre 1958 (en adelante, la Ley), estudiada entre otros por ENTRENA CUESTA («El dominio público de los hidrocarburos», *Revista de Administración Pública*, número 29, mayo-agosto 1959, págs. 329-376) y por DE LIS LOUIS (*Legislación petrolífera española*, 2 vols., Salamanca, 1966), sí destacaremos algunos aspectos interesantes.

No es extraño su desglose de la ley-madre de minas, que el propio legislador justifica en la Exposición de motivos, en base de la importancia económica y estratégica del petróleo, de la necesidad de emplear en su localización y obtención enormes sumas de dinero, determinante por sí sola de la modificación del régimen de inversiones extranjeras, como diremos, y de otras varias razones; pero, aprovechando la oportunidad de la reciente Ley de Minas (21 julio 1973), quizá hubiese podido realizarse un esfuerzo sistematizador, incluyendo en la misma la materia de hidrocarburos y hasta, de un modo integral, la de los minerales radiactivos.

Tampoco es extraño, aunque sí curioso, que tuviese la Ley una primera fase en blanco, caminando—por una vez—las previsiones del legislador por delante de la realidad; pues, si la memoria no nos falla, los primeros sondeos serios—abandonados hoy—tuvieron lugar en nuestro país, corriendo el año 1964, en el páramo de La Lora.

Extraño es, en cambio, sin paliativos, el hecho de que en ninguno de los 88 artículos de la Ley, ni en los del Reglamento que la desarrolla, se encuentren indicios de la existencia de la legislación hipotecaria; lo que sin duda se debe a no haber sido concedido a los redactores del

texto un permiso, siquiera de prospección superficial, por los paralelos 44-46, donde ciertamente y sin necesidad de grandes sondeos hubieran tropezado con ella. De cualquier forma, de esta grave omisión no debe deducirse que la Ley carezca de mayor interés en el plano registral, pues lo tiene y en un doble sentido: en el de toda legislación sustantiva que accede al Registro, concediendo derechos y proporcionando títulos que habrán de ser calificados a la luz de sus disposiciones, y en el de reformadora, en la parte necesaria, de los artículos 67 y 68 del Reglamento Hipotecario. Por otra parte, dicha omisión no dificulta en absoluto la inscripción de las concesiones de hidrocarburos, que, incluso si no existiesen normas específicas para las de minas, de incuestionable aplicación analógica, se practicaría sin dificultad, al amparo de los preceptos del Código civil (art. 334, 10.º) y de la propia legislación hipotecaria (arts. 107, 6.º y 155, párrafo último, de la Ley, y arts. 31, 44, 6.º y 60 y siguientes del Reglamento), de los que resulta la consideración como inmueble—por analogía—y, paralelamente, en el orden registral, como finca especial de toda concesión administrativa, en cuanto se refiera a inmueble; su inscribibilidad general y el título y circunstancias de la inscripción, que se practicará bajo un solo número, a menos que la concesión sea accesoria de otra finca o concesión; su susceptibilidad de ser hipotecada, etc. Con todo, creemos que la posibilidad de inscripción de las concesiones registrables de todo tipo, dada la gran importancia que por lo general revisten, debiera sustituirse por la *obligatoriedad* de su inscripción, pues en pocos supuestos estaría tan justificado este carácter, especialmente tratándose de concesiones de altísima significación social y económica, como pueden serlo, entre otras, las de energía eléctrica, las de autopistas o estas de explotación de hidrocarburos; a este respecto, constituye un primer paso, aunque su fundamento vaya por otro camino, la Ley de 1960 y la más reciente de 8/1975 de 12 marzo sobre zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, cuyo artículo 21 establece la necesidad de inscripción de las concesiones otorgadas a favor de personas extranjeras sobre inmuebles sitos en las zonas restringidas. Acerca de la inscripción de las concesiones en general, diremos por último que supone una clara excepción al artículo 7.º de la Ley Hipotecaria, a menos que se violente la noción de «finca especial» a que hace un momento nos referíamos, y determina además la inaplicabilidad del artículo 312 del Reglamento, si se parte de la tesis (más válida sin embargo en el plano administrativo que en el iusprivatístico) del «derecho real administrativo», patrocinada por RIGAUD en su tesis doctoral de 1912 y consagrada por la decisión del Consejo de Estado farnécés de 25 mayo 1926 en el litigio de los ferrocarriles París-Orleans, que implícitamente recoge la Resolución de la DGRN de 18 abril 1969,

de gran interés por diferenciar de las concesiones los simples permisos o autorizaciones, situaciones de mera tolerancia o precario, revocables en cualquier momento por la Administración y, desde luego, no inscribibles, y sobre la que, en comentarios a la Sentencia del T. S. de 8 noviembre 1974, recientemente insiste GONZÁLEZ PÉREZ.

II. CONCESIONES PETROLIFERAS EN LA CORTEZA TERRESTRE

Cuando los sondeos y perforaciones han de llevarse a cabo sobre la superficie terrestre (concretándose, desde luego, a la de la Península, Baleares, Canarias y territorios del norte de Africa, Zona I de las tres a que la Ley se refiere y única a la que, en un próximo futuro, seguirá aplicándose), el tratamiento registral de los permisos de investigación y concesiones petrolíferas presenta pocas especialidades, a salvo de alguna concreta discordancia reglamentaria que señalaremos.

A. *El permiso de investigación:*

Inconfundible con la mera prospección superficial, que podrá realizarse libremente, sin que en ningún caso se conceda con carácter de exclusividad, el permiso de investigación confiere en cambio a su titular un derecho exclusivo de investigar determinadas áreas durante un período de seis años, prorrogable a petición del interesado por tres años más y susceptible de una segunda y una tercera prórrogas, ésta última excepcional, de dos y hasta tres años más, respectivamente, pudiendo alcanzar en consecuencia una duración total de hasta catorce años. El derecho de investigación es exclusivo en cuanto a los hidrocarburos, pero compatible con permisos de investigación a concesiones de explotación sobre la misma área de otras sustancias minerales, y tiene como complementarios los de establecer servidumbres y expropiar u ocupar temporalmente inmuebles, y el de seleccionar, solicitar y obtener, en su momento y con arreglo a la Ley, la correspondiente concesión; y como contrapartida indispensable, la obligación de desarrollar el programa mínimo de labores, trabajos e inversiones que determina el Reglamento, dentro de los plazos que en el mismo se establecen. La extensión máxima y mínima de la zona sobre que recaiga cada permiso, que se delimitará por coordenadas geográficas, será de 40.000 y 10.000 hectáreas respectivamente, pero un mismo titular podrá ostentar simultáneamente hasta veinte permisos.

Al igual que las concesiones de explotación, los permisos de investigación pueden ser otorgados a cualquier persona natural o jurídica que, además de tener la capacidad legal necesaria, haya demostrado a juicio de la Administración la adecuada solvencia técnica y financiera; pero, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las minas en general (y por más que tampoco en cuanto a éstas, tras la reciente Ley, es enteramente automático el otorgamiento del permiso), la concurrencia de las circunstancias legalmente exigidas no basta para su otorgamiento, que será en todo caso potestativo de la Administración. El otorgamiento del permiso se hará por Decreto, previa la correspondiente solicitud al Ministerio de Industria—acompañada del plano de la zona y demás documentos complementarios que determina el artículo 19—, y el permiso otorgado será transmisible, previa autorización administrativa y a persona que reúna las mismas condiciones y requisitos que exige la Ley para el titular originario.

El permiso de investigación será anotable en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 67, párrafo último, del Reglamento Hipotecario. Pero, puesto que hemos dicho que tal permiso se otorga por un período de seis años, prorrogables por otros tres y, en dos sucesivas prórrogas, por cinco más, habrá que adecuar a estos términos el citado precepto hipotecario, que en el supuesto contemplado queda automáticamente modificado por la legislación sustantiva, teniendo en cuenta que la anotación es lo necesario del derecho, que es lo principal. Así pues, la anotación se extenderá inicialmente por seis años, prorrogándose tantas veces como lo sea el permiso y se solicite; no estará de más, para evitar confusiones, hacer referencia en el fondo del asiento a la legislación sustantiva de cuya aplicación resulta la duración de la anotación y de sus prórrogas (art. 11 de la Ley de 26 septiembre 1958, sobre investigación y explotación de hidrocarburos). La transmisión del permiso anotado podrá ser, a su vez, objeto de anotación, indudablemente; en cuanto a la autorización administrativa requerida, remitimos a lo que diremos, al tratar este mismo punto, en relación con las concesiones.

B. *La concesión:*

La concesión, por su parte, confiere al titular el derecho exclusivo de explotar los hidrocarburos en determinada área y por un período de cincuenta años, prorrogable por diez años más; los de refinar, almacenar, transportar y vender en el país o en el extranjero, y los complementarios de establecer servidumbres y expropiar u ocupar temporalmente inmuebles; como contrapartida y además de pagar el correspon-

diente canon, el concesionario deberá cumplir en sus labores las condiciones y requisitos técnicos que determina el Reglamento y resulten del propio título de la concesión, suministrar con carácter preferente y en la proporción resultante del prorrateo entre los productores el crudo y sus derivados que a juicio del Gobierno se requieran para el consumo nacional, no pudiendo exportar sino los excedentes, y—cuando el concesionario sea extranjero—convertir en moneda nacional las divisas necesarias para cubrir los gastos en pesetas resultantes del ejercicio. La zona sobre que recaiga la concesión, determinada así mismo por coordenadas geográficas, no podrá exceder en extensión del 50 % de la del permiso de investigación de que se derive, ni ser inferior a 3.000 hectáreas.

En cuanto al concesionario, ya hemos dicho que podrá serlo cualquier persona natural o jurídica que, teniendo la capacidad legal necesaria, haya demostrado a juicio de la Administración la solvencia técnica y financiera adecuadas. Hay que destacar, en este punto, que esta regla no tiene aquí las limitaciones habituales derivadas de la condición de extranjero o de la participación de capital extranjero en sociedades españolas. Por el contrario y sólo la lógica excepción de los Estados o Gobiernos extranjeros y de las sociedades o entidades que dependan financieramente de éstos, las personas naturales o jurídicas extranjeras pueden obtener, como las nacionales, el otorgamiento del permiso de investigación y la concesión subsiguiente, a base de constituir una sociedad española o de domiciliar en España la sociedad extranjera. A partir de aquí, resulta perfectamente congruente que el vigente Decreto de 31 octubre 1974 sobre inversiones extranjeras, que exige la previa autorización administrativa para cuando, como consecuencia de la inversión, la participación extranjera en el capital de la sociedad española exceda del 50%, exceptúe expresamente de esta regla, en su disposición final primera, letra g, a las empresas dedicadas a la investigación y explotación de hidrocarburos; es, por tanto, posible—y frecuente—en este campo la constitución de empresas en las que la participación del capital español sea minoritaria y hasta simbólica, por aportar la parte extranjera los equipos de prospección y explotación, de altísimo costo. La concesión se hará por Decreto y entrará en vigor y comenzará a contarse su plazo desde la fecha del mismo, si fuere anterior a la expiración del permiso de investigación. La concesión es transmitible, como el permiso, previa autorización administrativa y a favor de persona en quien concurren las mismas condiciones y requisitos que exige la Ley para el concesionario primitivo.

La concesión de hidrocarburos será, desde luego, inscribible en el Registro de la Propiedad, a base del correspondiente título, expedido por el Ministerio de Industria, acompañado de copia del plano y acta de demar-

cación, conforme a las reglas generales de inscripción de las concesiones mineras contenidas en el citado artículo 67 del Reglamento Hipotecario. Así mismo lo será la transmisión de la concesión. En lo que a esto y a la necesidad de autorización administrativa se refiere, cabe recordar que, como puso de manifiesto la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo y en la actualidad expresamente consagran el artículo 98 del Reglamento Hipotecario y el 100 de la vigente Ley de Minas, dicha autorización es un requisito de eficacia, no de validez, por lo que la inscripción puede practicarse sin ella, cancelándose sin embargo si en el plazo de dos años no se obtiene y se presenta la repetida autorización. Es notorio, por otra parte, el fundamento práctico de esta norma, previsor de las perjudiciales consecuencias que, en su caso concreto, puede tener un simple retraso administrativo. La concesión puede ser objeto de transmisión «mortis causa», aunque esto resulte inimaginable en el plano de la realidad; en este caso, en materia de Minas, será preceptiva la notificación al Distrito dentro del año siguiente a la muerte del causante, a efectos de obtener la autorización, pudiendo el Estado ejercer su derecho a subrogarse en el lugar del adquirente, previa la correspondiente indemnización; creemos que este mismo criterio puede aplicarse a los hidrocarburos.

III. CONCESIONES PETROLIFERAS EN AREAS MARINAS

El problema registral—todavía no resuelto—a que nos referíamos al principio, lo plantea la concesión petrolífera cuando los sondeos y perforaciones han de llevarse a cabo sobre el mar, supuesto cada vez más frecuente y al que la Ley no dedica sino la previsión genérica de su artículo 1.º, que, tras distinguir las tres zonas antes aludidas, precisa que «en todas ellas se incluyen las correspondientes aguas jurisdiccionales y plataforma submarina» (también la nueva Ley de Minas hace referencia, en su artículo 2.º, 1, a los yacimientos existentes «en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental»). Y conviene abrir ahora un breve paréntesis en la materia de nuestro estudio, para referirnos sucintamente a la cuestión de la extensión y límites de la soberanía de los Estados ribereños.

En una primera fase histórica y desde que el estado de la navegación permitió el planteamiento del problema, la de la soberanía del mar fue, en todos sus aspectos, una cuestión de poder efectivo, simplemente: ejercía su soberanía el que de hecho podía imponerla; tal es el significado

último de la teoría romana del «dominium maris» y, en definitiva y sin perjuicio de sus fuertes connotaciones religiosas y estrictamente políticas, sobre esta misma idea se basaron la Bula «Inter coetera» de Alejandro VI y el subsiguiente Tratado de Tordesillas, suscrito en 1494 por los Reyes Católicos y Juan II de Portugal. Ni que decir tiene que, mientras duró su hegemonía naval, Inglaterra nunca renunció en la práctica al criterio del «dominium maris», y otro tanto hicieron después los países que, en áreas más o menos extensas, le sucedieron en la posición hegemónica. Como en tantos otros campos, también en éste ha prevalecido—en buena parte, al menos—la razón de la fuerza, mientras las circunstancias lo han hecho posible.

Teniendo como antecedente más directo—y expresamente reconocido, además—las doctrinas de nuestros PP. VITORIA y SUÁREZ, HUGO GROCIO estableció en 1609, en la obra del mismo nombre, la teoría del «mare liberum», sobre la que desde entonces ha venido construyéndose el esquema del Derecho Público del mar y de la que inmediatamente derivan los conceptos básicos del mismo: el de mar territorial o aguas jurisdiccionales y el de mar libre o alta mar. A éstos se han sumado, en época reciente, los de zona contigua y plataforma continental.

En síntesis, mar territorial es la franja costera a la que—«como parte sumergida de su territorio», según fórmula de GIDEL que se ha hecho ya clásica—extiende plenamente su soberanía el Estado ribereño. La única y esencial dificultad que plantea es la de determinar su extensión. Durante bastante tiempo, muchos países aceptaron la norma consuetudinaria que la establecía en el alcance de una bala de cañón, lo que se concretó después en una distancia de tres millas, pero en la actualidad todos los Estados la han ampliado. La X Asamblea de Estados Americanos (Caracas, 1954) reconoció que era insuficiente y el derecho de cada Estado en orden a su libre fijación, dentro de límites racionales. Por su parte, el Convenio de Ginebra de 1958 abolió así mismo el principio de las tres millas, aunque fracasó en un intento clave de establecer un criterio uniforme para los 86 países participantes, entre las seis millas que proponía Inglaterra y las doce que proponía Méjico. En nuestro país, tradicionalmente mantenía al respecto el criterio de las seis millas (11.111 metros); después de la última contienda mundial y quizá como «premio» a su neutralidad, los países victoriosos reconocieron solamente a España soberanía sobre las tres millas; pero, a raíz de su participación como país miembro en la Conferencia de Londres de 1963, ha extendido su mar territorial a doce millas, que expresamente recogen recientes disposiciones en materia de Pesca (Decreto 8 de abril 1967) y Aduanas (Decreto 26 diciembre 1968, Ordenanza de Aduanas), y el Tratado hispano-marroquí, suscrito en Fez el 4 de febrero 1969.

El de zona contigua es un concepto de menor interés y probablemente llamado a desaparecer. Se ha configurado como tal la adyacente al mar territorial, sobre la que el Estado ribereño ejerce una soberanía limitada, pudiendo adoptar medidas para evitar infracciones de sus leyes de policía, aduaneras, de inmigración y sanitarias. El Convenio de Ginebra de 1958, ratificado por España y en vigor desde 27 mayo 1971, determina en su artículo 24 que no puede extenderse más allá de las doce millas; por lo tanto y puesto que acabamos de decir que nuestro país ha adoptado las doce millas como mar territorial, el criterio de la zona contigua ha quedado por el momento inoperante.

Mucho más interesante que el de la zona contigua es el concepto de la plataforma continental, cuyo punto de arranque moderno es, que sabemos, la Proclamación Truman de 1945. Parte este concepto de una realidad geomorfológica: el lecho marino se extiende, desde la costa hasta una distancia muy variable de la misma, donde tiene lugar el brusco descenso del talud continental, formando como una llanura sumergida, de relieve casi plano en general y de suave inclinación; sobre dicha realidad y a base de concretar su alcance real según diversos criterios (inicialmente, conforme a la tesis del citado Gidel hasta la isobara de 200 metros; es decir, hasta el lugar en que la profundidad alcanzase dicha magnitud), se atribuye al Estado ribereño el derecho exclusivo de aprovechar y explotar los recursos minerales del lecho y subsuelo marinos. Este sistema, que responde a una estricta necesidad, tras el descubrimiento de la gran riqueza mineral de los fondos marinos, presenta sin embargo serios inconvenientes, sobre todo si se configura en función del criterio de la isobara de 200 metros: por una parte, esta curva discurre a distancias muy variables de la costa, en función de la orografía de cada lugar (así, por ejemplo, en España, los 200 metros de profundidad se producen a tan sólo 10 millas de la costa, por término medio, en Canarias; en el Norte y el Sur de la península, a unas 15, entre 15 y 30 en el saco gaditano; y entre 30 y 50 en la zona de Levante); por otra parte el límite de la plataforma no ofrece ningún signo aparente, debiendo ser objeto de comprobación y fijación precisa en cada punto; por otra, finalmente, no puede negarse que el de la cota de 200 metros es un criterio de valor puramente aproximativo. Para obviar estos inconvenientes, se ha previsto la sustitución del criterio citado por el de la susceptibilidad de aprovechamiento y explotación efectiva («hasta una profundidad de 200 metros o, más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales», reza textualmente el Convenio de Ginebra), e incluso se ha propuesto recientemente por un numeroso grupo de países—entre ellos, España—la sustitución del sistema geomorfológico o de plataforma continental por

otro de distancia, fijada en 200 millas, dentro de la cual correspondería al Estado ribereño el aprovechamiento de todos los recursos marinos, a salvo de lo que se estableciese por convenio entre Estados distantes entre sí menos de 400 millas a través del mar. El Convenio de Ginebra de 1958, que no logró—como hemos visto—fijar uniformemente la extensión del mar territorial, consagró sin embargo y perfiló en lo esencial lo relativo a la plataforma, estableciendo con claridad el principio de exclusividad. Ractificado por España, según se ha dicho, se ha visto reflejado ya en numerosas disposiciones (leyes de Costas de 26 abril 1969 y de Minas de 1973, entre otras) y Tratados (como el suscrito con Italia el 19 febrero 1974, fijando los límites de la plataforma entre las Baleares y Cerdeña).

Mar libre o alta mar, por último, será el que se extiende más allá del límite de las aguas jurisdiccionales (o de la zona contigua, donde tenga efectividad). Lo serán las aguas por encima de la plataforma, puesto que los derechos que ésta determina para nada afectan a dichas aguas ni al espacio aéreo, en el actual estado de la cuestión. Lo serán también, y sin limitación ninguna, las aguas que cubren el lecho marino, más allá del límite de la plataforma, y el propio lecho y el subsuelo, desde ese límite, susceptible todo ello de aprovechamiento común.

Aclarado el sentido de lo que expresa el artículo 1.º de la Ley de Hidrocarburos, al referirse a las aguas jurisdiccionales y plataforma submarina, no resta sino añadir que todo lo dicho anteriormente, en cuanto a los permisos de investigación y concesiones de explotación en la corteza terrestre, es aplicable a los permisos y concesiones que se otorgan en áreas marinas. Todo, salvo—desde luego—lo referente a su inscripción.

Toda concesión de hidrocarburos, otorgada sobre la corteza terrestre o sobre el mar territorial o plataforma continental, es por esencia inscribible y debiera serlo obligatoriamente, como ya hemos dicho. Pero, si el titular de una concesión sobre el subsuelo marino pretendiese inscribirla e hipotecarla en garantía de un préstamo, con el que iniciar o continuar la explotación (art. 107, 6.º de la Ley Hipotecaria), ¿a qué Registro acudiría? ¿Dónde se inscriben tales concesiones?

Desde luego, no en el Registro Mercantil (y nos referimos exclusivamente a los Registros de este tipo ribereños, en que se lleva la Sección de Buques), en el que se inscribirá la Sociedad concesionaria. Ni puede pensarse en considerar como buques las plataformas y torres de sondeo, a la vista de los artículos 146 del Reglamento del Registro Mercantil y 344, 9.º del Código, ni tiene nada que ver la inscripción de aquéllas con la de la concesión.

En el Registro de la Propiedad, por tanto. Pero nuestros Registros

son, evidentemente, «terrestres»: al tiempo de su establecimiento, al legislador no pudo ni ocurrírsele la atribución a los Registros ribereños de una circunscripción que sobrepasase la zona marítimo-terrestre. La cosa es tan palmaria, que no necesita argumentarse (la idea de un distrito hipotecario, expuesto al público conforme al art. 356 del Reglamento, en el que, además de los términos municipales que lo integran, apareciese —¿dividido en cuadrículas, grados y minutos?— el suelo marino hasta la cabeza del talud continental, resulta hoy por hoy de ciencia-ficción), ni se resolvería la cuestión forzando una interpretación de la normativa vigente, pues faltaría aún concretar la adscripción de las áreas marinas a los diversos términos municipales ribereños del distrito hipotecario o, en las capitales marítimas donde existen varios Registros, a uno u otro de éstos. En este sentido, nos gustaría saber cómo se ha resuelto la inscripción de las numerosas islitas existentes frente al litoral peninsular; inscripción que en bastantes casos nos consta que se ha producido.

En nuestra opinión, la inscripción de las concesiones de hidrocarburos (o minerales, en general) en áreas marinas se resolvería adecuadamente a base de la creación de un Registro especial. Y mejor que centralizar este Registro nos parecería dividir en zonas el mar territorial y la plataforma continental española, y asignarlas a los Registros que al efecto designase la Dirección; estas zonas podrían ser la mediterránea, la atlántica y la nórdica o hacerse coincidir con la franja costera de las regiones marítimas. Esto requeriría una innovación legislativa mínima y, en todo caso, mientras no se lleve a efecto, este tipo de concesiones continuarán constituyendo el ejemplo—afortunadamente único—de actos inscribibles que no pueden ser objeto de inscripción, y sus titulares no podrán gozar del conjunto de los beneficios que se derivan de nuestro sistema hipotecario.

ELADIO BALLESTER
Registrador de la Propiedad

Apéndice al estudio *La capacidad jurídica de la mujer casada*

LA LEY 14/1975, DE 2 DE MAYO, SOBRE REFORMA DE DETERMINADOS ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL Y DEL CODIGO DE COMERCIO SOBRE LA SITUACION JURIDICA DE LA MUJER CASADA Y LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES

Los trabajos de la sección especial de la Comisión General de Codificación acerca de la condición jurídica de la mujer casada culminaron en la redacción de un anteproyecto, que fue sometido a la aprobación del Gobierno en el verano de 1974 y remitido para su publicación al *Boletín Oficial de las Cortes* (núm. 1.384, de 30 de octubre del mismo año). Tras la preceptiva elaboración en la Comisión de Justicia de dicho Organismo, que introdujo algunas correcciones en el anteproyecto, fue aprobado el proyecto por el Pleno en la sesión de 29 de abril de 1975 y promulgado por la ley que encabeza este apéndice.

Desde el principio de la redacción del trabajo hasta la de este apéndice han transcurrido más de dos años. Sin embargo, la mayor parte de los desiderata que expuse en el capítulo XXI («Líneas para una reforma del sistema legislativo de Derecho común») siguen pendientes de satisfacer, pese a la promulgación de esta ley y su innegable avance sobre la situación anterior.

Las tensiones y cambios evidentes en las estructuras de autoridad y poder de España, aunque, de una parte, han posibilitado la reforma, indudablemente han alicortado su alcance. Lo que era óptimo desde la perspectiva de 1973, quizá no lo sea en 1976: de tal modo han sufrido transformación, una auténtica «revolución de expectativas crecientes», las aspiraciones de una mayor libertad civil de la gran mayoría de los españoles.

La ley merece un ponderado juicio, que resalte sus méritos, y a la par exponga sus deficiencias y las difíciles antinomias que provoca en el total ordenamiento jurídico al afectar una parte vital del *continuum* que forman las diversas instituciones del Derecho de familia español y el resto del ordenamiento jurídico. «No se puede cortar una libra exacta de carne de un cuerpo vivo—lo dijo SHAKESPEARE—sin verter sangre», sin hacer más de lo que inicialmente se pretendía.

El legislador reconoce paladinamente en el preámbulo de la ley las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad, que hacen aconsejable y conveniente una revisión del Derecho de familia. Pero, como tantas veces en la promulgación de leyes que afectan al orden público, añade que «tal propósito, sin embargo, sólo debe acometerse de manera prudente, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones»...

En suma: el legislador en lugar de anticiparse al cambio social o simplemente seguirlo y plegarse a él, va a remolque del mismo. Ello me reafirma en la predicción que ya hice en 1972, en *La derogación del antiguo artículo del Código civil por Ley 31/1972, de 22 de julio, y la necesaria reforma del Derecho de familia*, que cito en la nota 149 bis del trabajo que estoy epilogando. El legislador ha hecho muy poco y demasiado tarde de lo que el cambio social exigía. Aunque no cabe duda que lo hecho mitigará innecesarios sufrimientos y eliminará algo de la cuasi marginación social que sufre la mujer casada.

Por otra parte, amplía la capacidad de obrar de ambos esposos al suprimir la prohibición de las capitulaciones matrimoniales y de sus modificaciones posteriores a la celebración del matrimonio.

La reforma en este punto cambia el rígido sentido prohibitivo y en ocasiones permite, mediante el pacto capitular, derogar no pocos de los preceptos que establecían un estatuto autoritario en el régimen matrimonial de bienes (arts. 1.407, 1.448, 1.677, por citar sino los más significativos). Algunos de los citados están sentenciados a ser derogados en la reforma del régimen matrimonial de bienes subsiguiente a la que comento.

La práctica jurídica encontrará resquicios para, haciendo uso inteligente de los preceptos liberadores, humanizar un poco el agrio perfil de nuestro Derecho de familia común, acercándolo decididamente a las legislaciones civiles especiales, en las que rigen principios similares a los de la reforma.

La ley ha entrado en vigor, al menos en la medida en que amplía la capacidad de la mujer o de ambos esposos, al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Me remito a lo que escribí en el periódico *Ya* el 14 de mayo del año 1975 (pág. 45): «La mujer casada

no puede ser digna a plazo o condicionalmente, indigna hoy y digna dentro de veinte días.» Debo remitirme, para apoyar mi aserto de la inmediata entrada en vigor de las disposiciones liberadoras de la ley, a la autorizada opinión de don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: «El valor del primer precepto del Código es el de una norma complementaria de todas las disposiciones legales futuras: sólo tendrá eficacia si en ellas no se dispusiera otra cosa. Las nuevas normas legales pueden disponer otra cosa de modo expreso o tácito. Sobre esta base se ha podido deducir que el fin o carácter de un precepto supone a veces, sin necesidad de declaración expresa, un mandato de aplicación inmediata. La jurisprudencia ha interpretado así diversas disposiciones, excluyendo tácitamente la aplicación del artículo 1.º del Código.» Y concluía yo: «Tanto vale que la ley disponga en su parte dispositiva su inmediata entrada en vigor, como que lo establezca, tácita, pero expresivamente, en su preámbulo. Ha cesado la *ratio* que incapacitaba a la mujer. Debe cesar, pues, desde ahora, la ley misma.»

Por otra parte, creo que la ley adopta el grado de retroactividad mínima, consistente en aplicarse inmediatamente de su entrada en vigor a todos los matrimonios existentes en España en tal fecha. Suponer que la incapacidad de la mujer casada, la licencia marital, la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y demás preceptos derogados tardarían una generación entera, treinta o cuarenta años, en dejar de producir efectos, hasta que todas las parejas matrimoniales actualmente existentes hayan desaparecido, es simplemente desconocer el designio del legislador, que es reconocer un profundo cambio en la sociedad española, cambio que no admite espera y cuyo reconocimiento jurídico sólo puede retrasarse en la medida en que lo exijan los estudios necesarios para su conocimiento.

La irretroactividad no puede ampararse en un pretendido «derecho adquirido» del marido a mantener en sujeción a su mujer. Esto sería contrario a la dignidad de aquélla, explícitamente reconocida por el preámbulo de la ley y el artículo 3.º del Fuero de los Españoles, al establecer que la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles. Sería absurdo que la mujer casada antes del 6 de mayo de 1975 fuera una incapaz vitalicia, mientras la que contrajera matrimonio con posterioridad tuviera plena capacidad de obrar.

¿Tiene aplicación la reforma en los regímenes de Derecho civil especial?

Por supuesto que lo tienen, por su propia naturaleza, los artículos referentes a la nacionalidad y los del Código de Comercio.

Los artículos 57 y 58 son igualmente de aplicación general a todos los regímenes de Derecho civil especial, como clara derivación de los

finés esenciales del matrimonio. También lo son dos preceptos cardinales de la reforma: el 62 y el 1.315, en cuanto amplían la capacidad de obrar de la mujer casada o de ambos esposos y están de acuerdo con el espíritu y la letra de la tradición foral.

El resto de los preceptos de la reforma son de aplicación inmediata en Vizcaya y Galicia, por carecer de reglamentación específica sus respectivas compilaciones.

Sin embargo, en las demás regiones el grueso de los preceptos no tiene aplicación, aunque habría que hacer un examen minucioso de cada uno de ellos, que no es el propósito de este apéndice.

Quiero centrarme, dejando aparte el estudio del tema de la nacionalidad de la mujer casada, para el que hay plumas más capacitadas que la mía que pueden enjuiciarlo con más justeza, en los problemas que han motivado el trabajo que estoy epilogando: la capacidad de la mujer casada y el régimen de bienes del matrimonio.

Resulta redundante que el artículo 56, no afectado por la reforma, siga afirmando que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, y que el 57 reformado disponga que el marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos y actuarán siempre en interés de la familia. No aprecio diferencia sustancial entre «socorro» y «protección» y quizá uno de dichos deberes recíprocos debió haberse suprimido por innecesario.

La supresión del deber de obediencia de la mujer y de las referencias a la autoridad marital, dispersas en el articulado del Código (artículos 57, 225, 1.315), y el no calificar al legislador al marido como jefe de la familia dejan un vacío aparente, que obliga a colmarlo mediante el acuerdo de ambos cónyuges. El consenso de los mismos, sin prima ninguna a la posición del varón, determina el plan de vida conyugal y el de la familia. No es que la familia quede «acéfala», «sin jefe»: hay que desterrar esa semántica, enturbiadora de una realidad simple y elemental, de que el esposo y la esposa, de común acuerdo, deben resolver por sí mismos sus asuntos.

¿Qué ocurre en caso de desacuerdo? Deben intervenir los Tribunales, custodios de la legalidad en todas las esferas del obrar jurídico de los ciudadanos. Otra cosa sería el bloqueo de la vida familiar, la anarquía o la imposición de la voluntad del más fuerte: nada de ello puede haber sido querido por el legislador, aunque guarde silencio sobre este punto.

Silencio relativo: el artículo 57 obliga a ambos cónyuges por igual a actuar siempre en interés de la familia, lo que les obliga a dirimir sus contiendas pacíficamente, por el consenso de ambos, o ante el Juzgado, si alguno cree que tal unanimidad no existe. Tal remisión es explícita para la fijación del domicilio conyugal, en defecto de acuerdo, si no hay hijos

sujetos a la patria potestad. Pretender que en caso de discrepancia rige el sistema diárquico imperfecto, propugnado por ESPÍN—prevalencia en una primera fase de la voluntad del marido sin perjuicio del recurso judicial de la mujer—, no tiene base legal alguna.

Tal principio general tiene dolorosas excepciones, desde la perspectiva del feminismo. El marido, en defecto de acuerdo con la mujer, si es titular de la patria potestad, fija por sí solo el lugar de la residencia del matrimonio (art. 58) y sigue siendo el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario (art. 59).

De cualquier modo, el sistema jerárquico que imponía la autoridad marital ha basculado hacia el sistema del consenso de ambos cónyuges.

El mutuo respeto que se deben entre sí los cónyuges es claramente un precepto moral más que jurídico, que consagra en el plano familiar el respeto a la dignidad de la persona humana expresada por las leyes fundamentales. Creo es superfluo y bien hubiera podido prescindirse de él, aunque no siempre la expresión de buenas intenciones por el legislador carece de significado.

Es de sumo interés la imposición por el legislador del deber de actuar ambos cónyuges siempre en interés de la familia (art. 57). Tal pauta de comportamiento, estándar, de conducta de dos seres humanos plenamente libres y capaces de obrar, debe regular toda su actuación pública o privada, patrimonial o extrapatrimonial.

En casos extremos tal precepto permitirá a un cónyuge corregir la conducta del otro, pudiendo exigir daños y perjuicios cuando los actos del mismo los originare (art. 1.902) o aplicar la teoría del fraude a la ley o del abuso de Derecho (arts. 6.º, 4, y 7.º, 2, del Código civil, según Ley 3/1973, desarrollada por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo). Tal inciso legitima, en principio, el recurso a tales remedios extremos y cierra el sistema, que establece el artículo 1.413 del Código civil, respecto del marido que pone en peligro con su administración los bienes de la sociedad conyugal.

Creo que es de lamentar el criterio que se ha establecido en materia de fijación de residencia del matrimonio cuando no existe avenencia entre los esposos. Permitir que lo fije por sí solo el cónyuge titular de la patria potestad es, en la práctica, primar al marido y suponer que el interés familiar, principio supremo del actuar de ambos esposos, está mejor servido con su decisión que con la que proceda según la decisión del juzgador. Hubiera sido más justo que se aplicara, en defecto de acuerdo de los esposos, la decisión judicial como en el caso de que no haya hijos *in potestate*.

La intervención judicial, tanto en el caso de fijación del domicilio conyugal, como, en general, en defecto de consenso en el planeamiento

de la vida de la familia, pone de relieve la urgencia de organizar una jurisdicción y un procedimiento especializados en Derecho de familia en el seno de la jurisdicción civil común. El Juez no puede decidir «a fuero de albedrío» en temas tan delicados como son el entramado de los intereses y aspiraciones de los diversos miembros de la familia sin conocer a fondo la materia que se le somete a su consideración. Debe ponderar todos los datos de estructura y función de la familia en general y de esta concreta familia en particular, prevenir más que curar, hacer papeles poco acordes con el estereotipo cultural de juzgador clásico. Para ello debiera proveérsele de los medios adecuados, permitirle recibir toda clase de consejos e informes de asistentes sociales, técnicos en desarrollo comunitario o de dinámica de grupos, psicólogos y en ocasiones de psiquiatras, psicoanalistas, técnicos de todas las especialidades precisas...

Hoy por hoy, mientras no se reforme el sistema orgánico y procedimental vigente, las diligencias para mejor proveer de la Ley de Enjuiciamiento Civil le abren un ancho cauce al respecto.

El artículo 59, en su nueva redacción, claramente permite cualesquiera pactos capitulares contrarios a la administración de los bienes de la sociedad conyugal por el varón, así como cualquier tipo de coadministración y codisposición, administración o disposición solidaria de ambos cónyuges o bien la determinación circunstanciada de las respectivas áreas de competencia. No existe predominio alguno del varón: la estipulación capitular es soberana y no puede considerarse depresiva a la autoridad de los cónyuges en la familia, por haberse suprimido el correspondiente inciso del antiguo artículo 1.315 en su nueva redacción.

Quizá pueda entenderse contrario a la propia esencia del régimen matrimonial de bienes encomendar la administración de los bienes gananciales a un tercero. Sin embargo, habría que ponderar las circunstancias que rodean a tal pacto capitular y, por tanto, sería precipitado concluir sin más tal nulidad (v. gr., matrimonio contraído, si tal caso puede darse, por un deficiente mental u oligofrénico, cuyo coeficiente no llegue, sin embargo, al límite de incapacidad, con otro cónyuge que presuntamente no ofrece garantías de correcta administración de los bienes conyugales).

El legislador se ha limitado a retocar el antiguo artículo 59, eliminando la antigua mención al artículo 1.384.

En defecto de pacto, la atribución al marido con carácter exclusivo de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, unida a su posibilidad de obligarlos por sí solo (art. 1.416) y promover su enajenación (art. 1.413), congelan la posición de la mujer respecto de los gananciales en una posición de inferioridad, denunciada, entre otros, por doña MARÍA TELO NÚÑEZ, presidente de la Asociación Española de Mujeres Juristas, por medio de innumerables intervenciones en los medios de ma-

sas y en varias conferencias pronunciadas en los últimos meses. La mujer no sólo no puede obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento del marido (art. 1.416), sino que ni siquiera tiene la administración de los bienes reservados, adquiridos con su trabajo personal, que la ilustre Abogada ha propugnado. La supresión de tal privilegio del varón es un imperativo de justicia a que deben plegarse los esfuerzos de cuantos juristas deseen promover la condición de la mujer.

No es de esta opinión don JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE en su artículo «El nuevo Derecho español sobre la mujer casada», *Ya* de 4 de junio de 1975, página 5: «A nuestro juicio, hay tres razones que justifican que sea el marido quien administre los bienes comunes. La primera es que, por regla general, es el marido quien con el producto de su trabajo mantiene la familia de manera exclusiva o de modo principal. La segunda es que el marido suele estar más preparado para la gestión económica, y la tercera es que en toda sociedad debe haber un administrador.» No cabe recurso a la autoridad judicial en caso de empate en el régimen diárquico—dice este profesor—, porque tal intervención más bien ahonda las discordias que las resuelve. «La plena igualdad jurídica, a la que aspira el feminismo, sólo cabe en el régimen de separación de bienes y no en el de gananciales.»

Creo que la argumentación de este ilustre mercantilista—nada especialista, por cierto, en materia de Derecho civil, menos en Derecho de familia, y escasamente abierto, por su pertenencia generacional, a las corrientes de cambio que agitan a la sociedad española—se rebate por sí sola y por cuanto he expuesto a lo largo del trabajo que estoy epilogando. Los antifeministas larvados no han añadido un solo argumento científico a los que rebatió STUART MILL hace ya un siglo: su ideología es invariable, impermeable al cambio social e ideológico. Por supuesto, la Historia no les dará la razón y en breves años espero ver redactar por tercera vez este artículo, y los que con él concuerdan, en un sentido más favorable a la mujer.

El artículo 60 amplía la capacidad de los casados emancipados por matrimonio. En efecto, el cónyuge menor de dieciocho años a quien corresponda la administración de los bienes comunes, sólo precisará el consentimiento del otro cónyuge. Anteriormente el Código imponía al marido de tal edad el consentimiento de su padre, madre o tutor. Es lógico que la mujer mayor de edad, sin intervención de tales allegados del marido, complete su capacidad de obrar limitada. Lo que no parece tan lógico es que pierda el control de la administración de los bienes gananciales cuando el marido acceda a la mayoría de edad o incluso sólo a los dieciocho años, en que únicamente precisará el complemento de capaci-

dad que establece el artículo 61 para los actos concretos que dicho precepto prevé.

Tampoco parece lógico que el padre, madre o tutor del marido completen su capacidad limitada cuando se trate de la administración de sus bienes privativos. La distinción entre bienes comunes y bienes privativos, a efectos de precisar el consentimiento del otro cónyuge o de dichos allegados del menor de dieciocho años, parece obedecer a una presunción de troncalidad en el segundo caso, que excluye la intervención del cónyuge. Se presume que los bienes privativos del menor de dieciocho años le provienen de herencia o procedencia familiar, como si no hubiera podido donárselos por razón del matrimonio el otro cónyuge. Si no se ha pactado la exclusión de tales parientes o allegados en la donación antenupcial, la mujer verá intervenir en la administración de bienes que provienen de ella a dichas personas. Y no es claro que la exclusión de tal administración pueda pactarse, por ser materia que afecta a la capacidad de las personas y, por tanto, inderogable por la voluntad privada.

Creo por ello que la regla del consentimiento del cónyuge mayor de edad hubiera sido suficiente para regular ambos supuestos. Como garantía para la familia del esposo menor de dieciocho años hubiera bastado la intervención de dichos allegados para los actos previstos en el artículo 61, ciertamente los más graves y de mayor trascendencia.

El artículo 62 sienta el capital principio de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges. Pese a tan capital afirmación, debe seguirse distinguiendo entre capacidad de obrar y legitimación directa de los cónyuges. La capacidad de obrar era y sigue siendo plena para ambos: el matrimonio restringía la legitimación de la mujer para actuar sobre los bienes comunes y para disponer y litigar respecto de sus parafernales. Tal limitación de la legitimación de la mujer ha sido eliminada en parte: la mujer ha adquirido plena legitimación para actuar respecto de sus bienes parafernales, cuya administración no hubiere entregado al marido—estadísticamente, la inmensa mayoría de los bienes privativos de la mujer—. Sin embargo, la legitimación respecto de los gananciales apenas ha sufrido modificaciones, fuera de las situaciones anómalas del matrimonio o del pacto capitular, ciertamente muy facilitado con la reforma.

El artículo 63 es claramente un precepto superfluo: una cosa tan obvia no precisaba previsión expresa del legislador, por ser una consecuencia directa de los principios generales de la representación. Y lamentablemente, tal serie de repeticiones continúa incansablemente en la reforma. El legislador ha adoptado una directriz de política legislativa equivocada por demás: las reformas del Código no deben producir huecos en el articulado del Cuerpo legal. Y ello le obliga a insertar preceptos

innecesarios, como un mal orador cuando le sobra tiempo debe divagar y repetir conceptos.

Es correcta la redacción del artículo 64, consecuente con la idea de paridad de sexos que tímidamente expresa la reforma, aunque con importantes excepciones.

El artículo 65 establece un principio cardinal que permite de alguna manera paliar la inferioridad jurídica en que sigue la mujer casada. Suprimida la licencia marital era preciso establecer un diverso sistema para aquellos actos en que la actuación de uno de los cónyuges precisa el complemento de voluntad del otro. Ello ha originado la sustitución de la licencia marital por el consentimiento, indiscriminadamente, del marido y de la mujer (arts. 60, 995, 1.361, 1.413 y 1.416 del Código civil, y 6.º del Código de Comercio).

Tal criterio legislativo debe extenderse a aquellos casos en que la estipulación capitular exija el consentimiento del otro esposo para la administración o disposición de los bienes propios o comunes, siempre que la misma no establezca expresamente que tal falta de consentimiento no lleva aparejada la nulidad *in radice* o absoluta.

El artículo sanciona con la anulabilidad la falta de consentimiento, pero no la nulidad *in radice*. Con ello sigue la doctrina jurisprudencial del antiguo artículo 65 y del 1.413 en su redacción de 1958. Por tanto, hemos de recurrir a las reglas de la nulidad de los contratos que establecen los artículos 1.300 y siguientes del Código civil, que claramente son supuestos de anulabilidad, con la excepción de los artículos 1.305 y 1.306.

Sin embargo, no es claro que se apliquen todos los preceptos de dicho capítulo, v. gr., en tema de legitimación para ejercitar la acción: sólo el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o sus herederos podrán ejercitarla. No los obligados subsidiariamente (v. gr., fiadores, avalistas, codeudores solidarios), pese a la dicción del artículo 1.302.

Es importante la nueva redacción del artículo 1.301, regla 4.ª, que establece una nueva forma de convalidación tácita del acto anulable: el cómputo del plazo de la caducidad de la acción para anular el acto realizado sin consentimiento del otro cónyuge, se inicia desde el día de la disolución de la sociedad conyugal, del matrimonio o del aquel en que el cónyuge afectado hubiera tenido conocimiento suficiente del acto o contrato.

Es claro que si a vista, ciencia y paciencia del otro cónyuge, pero sin consentimiento expreso del mismo, uno de ellos realiza actos para los que tal consentimiento es necesario, en el plazo de cuatro años a partir de tal conocimiento inducido, verá desvanecerse la posibilidad de impugnar el acto. El sistema es progresivo y coherente con la plena capacidad de obrar de ambos cónyuges, que pueden adoptar una posición con-

traría al otro cónyuge desde que tuvieron conocimiento del acto impugnado, sin tener que esperar a la disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal.

Ello permite contemplar desde una perspectiva más favorable las adquisiciones de la mujer sin justificar el carácter privativo del precio o contraprestación. El acto no queda afecto a una larguísima anulabilidad, incalculable casi: el transcurso de un breve lapso de tiempo purga el acto de la irregularidad de que adolecía.

Existen otros supuestos en que la actuación de la mujer afecta a la sociedad legal de gananciales: cuando el marido se aproveche de los resultados o ventajas de la gestión de la mujer (compra por la mujer sin consentimiento del marido de un bien a plazos y ulterior enajenación del mismo, cuyo precio percibe el marido: es claro que los bienes gananciales responderán de los plazos pendientes).

¿Podrá el Notario autorizar y el Registrador inscribir los actos de adquisición por la mujer sin justificar ésta el carácter privativo del precio o contraprestación?

Los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Reglamento Hipotecario han sido concebidos para un régimen de licencia marital y no de consentimiento recíproco de ambos esposos: deben ser reformados. Pero en tanto la reforma no tenga lugar—para lo que basta un mero Decreto sin rango de ley, dado su alcance reglamentario—su espíritu es claro y no deben ser descartados, de suerte que lo que en su día eran preceptos progresivos, se conviertan en argumentos para impedir que los Notarios autoricen y los Registradores inscriban los actos de adquisición por la mujer casada sin el consentimiento del marido, como exige la interpretación conjunta de los artículos 59, 1.413 y 1.416.

El espíritu de la reforma ha sido ampliar la capacidad—o legitimación si queremos hablar con mayor tecnicismo—de la mujer casada. También lo fue en su día el que motivó la promulgación de tales preceptos. Por tanto, si el Notario y el Registrador califican—y su calificación causa estado en la vía extrajudicial—y autorizan e inscriben, respectivamente, un acto aun a sabiendas de no ser perfecto, a su calificación hay que atenerse. Y no se diga que el principio de legalidad, ínsito en las legislaciones notarial y registral, impide que sancionen con su actuación actos que no sean rigurosamente válidos y eficaces. Todos sabemos que tal principio ha admitido notables excepciones no fundadas en la práctica, sino sancionadas por el mismo legislador (v. gr., actos que infringen la legislación de unidades mínimas de cultivo, Decreto de 25 de septiembre de 1955; actos carentes de autorización, permiso, etc., administrativo, art. 98, 3, del propio Reglamento Hipotecario; actos de

la mujer casada carentes de licencia marital antes de la reforma, art. 94 del mismo Reglamento).

Este caso es otro de los que el legislador debe exceptuar de la prohibición de autorizar e inscribir a los Notarios y Registradores, pues obedece a la misma *ratio iuris* del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

El Notario, desde luego, habrá de advertir, aun expresamente en el capítulo de reservas y advertencias legales del instrumento público de adquisición, de las consecuencias derivadas de la falta de consentimiento del marido, que se expresan en los artículos 65 y regla 4.^a del 1.301. Y si los contratantes aceptan el otorgamiento bajo tales advertencias su actuar es correcto.

El Registrador deberá inscribir la adquisición al faltar la aseveración del otro cónyuge, que tal bien ha sido adquirido con precio privativo como ganancial (art. 95, 2.^o), haciendo constar así mismo el carácter anulable de la misma. Es evidente que el inmueble así adquirido queda inapto, sin intervención del marido, para el préstamo hipotecario que puedan otorgar las entidades de crédito. Pero la inscripción en el Registro de la adquisición es fuente de conocimiento para el marido, que puede y debe consultar sus libros. La acción de impugnación de aquél caducará en el plazo de cuatro años desde la fecha del asiento de presentación de la escritura pública en el Registro de la Propiedad.

Con el sistema propugnado aquí no se perjudican los intereses de la familia, meta de la actuación de los esposos (art. 57): el esposo puede impugnar el acto adquisitivo en el plazo de cuatro años a partir de su conocimiento expreso o derivado de la publicación en el Registro (artículo 1.301, 4.^a) o simplemente guardar silencio, aprobar tácitamente la adquisición y reservar sus acciones para cuando la mujer se atreva a enajenar el inmueble (art. 1.413 del Código civil).

La calificación del Notario, centrada en el interés de la familia, puede en algunos casos estimar que el acto que autoriza es absolutamente válido y eficaz e inscribible, por tanto, en el Registro sin tacha alguna. El artículo 66 le brinda para ello una vía: actos relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia. La mujer casada cuyo marido está ausente, en el sentido vulgar del término, debe poder otorgar escritura pública de compraventa del piso que ha adquirido para resolver el problema de la vivienda: modernamente, las exigencias del mercado inmobiliario impiden que se limite a alquilarlo, como quizá fuera la forma más racional de resolver el problema. Reforzará la calificación notarial que la mujer haga una declaración expresa que destina a domicilio familiar la vivienda adquirida en el propio instrumento público de adquisición.

La misma consideración debiera extenderse a la adquisición de un

modesto local de negocio o cualquier útil preciso para la explotación de una actividad familiar (adquisición de un vehículo, máquinas o herramientas de una artesanía). Si la mujer puede ejercer el comercio en nombre propio (art. 6.º del Código de Comercio), podrá adquirir los útiles precisos al efecto.

Mucho más fácil será la labor del Notario si ha sido el marido quien firmó el contrato de adquisición—privado—, y al Notario le consta la legitimidad de la firma de aquél en el contrato, y la mujer se limita a ejecutar la voluntad del marido ausente. Cuando la totalidad del precio de la compraventa queda aplazado y la mujer asume el compromiso personal de satisfacerlo con sus bienes propios, o cuando simultáneamente se otorgue por tercero un préstamo a la mujer en nombre propio para financiar la adquisición del inmueble, parece claro que la adquisición del inmueble es válida y eficaz y se inscribirá a nombre de la mujer privativamente (art. 95, 1.ª, del Reglamento Hipotecario). Otra cosa sería tanto como negar la validez del aplazamiento del precio o de la asunción de un préstamo por la mujer, so pretexto que será muy difícil la prueba de la procedencia del dinero con que ésta pagará los plazos o el préstamo. Ello sería exagerar el alcance del artículo 1.407 del Código civil, que no puede prejuzgar acerca de los actos futuros de la mujer, y minimizar—casi anular—el alcance de su plena capacidad de obrar.

Cuando la mujer se encontrara en casos de extrema urgencia, en que de no adquirir el bien en cuestión el interés familiar pudiera verse afectado en gran manera, podrá alegar el artículo 1.893, 2 (gestión para evitar un perjuicio inminente y manifiesto), o pedir judicialmente la administración de los bienes de la sociedad conyugal, a tenor del último párrafo del nuevo artículo 1.441 del Código civil (abandono de familia o absoluto impedimento para la administración).

El artículo 66, ya estudiado en los párrafos que preceden, extiende la vieja potestad doméstica de la mujer casada al marido. Aquí estimo que el legislador no ha cometido una inútil redundancia. Extender tal potestad al varón, que ya es administrador de la sociedad legal de ganancias y puede, como es lógico, rigiendo este sistema legal, realizar tales actos, significa: *a)* Que tal potestad del marido es inderogable, aunque se le haya excluido de la administración de tal sociedad. *b)* Que rige en todos los regímenes matrimoniales de bienes, incluso de separación absoluta, y carencia absoluta de bienes o incapacidad para el trabajo del marido.

El precepto forma el rudimento de un régimen matrimonial básico o primario, que el legislador estima debe ser inderogable para el recto funcionamiento de todas las familias y seguridad de los terceros que con-

tratan con cualquiera de los cónyuges, sea el que fuera el régimen matrimonial de bienes, pactado o legal.

Aun en régimen de separación de bienes o de administración exclusiva de los gananciales por la mujer, los actos del marido obligarán a la sociedad legal o a la mujer. Los terceros podrán dirigirse contra el cónyuge que estimen oportuno para obtener el pago de tales servicios o suministros, sin distinguir masas de bienes o regímenes matrimoniales ni guardar el orden de los artículos 62 (antiguo), 1.362 y 1.385, 2, del Código civil, reglas que establecen el orden de liquidación de la sociedad conyugal disuelta y no afectan a terceros.

Las capitulaciones matrimoniales podrán, desde luego, tener en cuenta «las circunstancias y posición de la familia» y ampliar el margen de acción de los esposos, pero no restringirlo, al menos en lo que evidentemente choque con el uso del lugar. Creo que el uso del lugar hace que en gran parte de las familias de clase media española sea imprescindible el manejo de las llamadas «tarjetas de crédito», cuyas modalidades y utilidad no es del caso exponer. Para el funcionamiento económico del hogar se hacen casi imprescindibles, y los pagos que originen los consumos o servicios financiados con las mismas deben afectar indistintamente los bienes de cualquiera de los esposos o los de la sociedad de gananciales.

La redacción del artículo 68 ha mejorado considerablemente. La regla 3.^a permite al Juez conceder al cónyuge que no ejerce la patria potestad no sólo visitar y comunicar con los hijos encomendados al otro, sino «tenerlos en su compañía», en régimen de visita temporal; salva la patria potestad del otro cónyuge. La recta práctica de las separaciones personas civilizadas ya había introducido tal estancia temporal, indispensable para el mantenimiento de los sentimientos paterno filiales entre el cónyuge no titular de la patria potestad y sus hijos. En esa materia, las mores familiares se han adelantado al legislador.

La regla 4.^a sanciona para las separaciones provisionales la plena capacidad de obrar de ambos cónyuges y la caducidad de los poderes que uno otorgue a otro. El Juez puede conferir a la mujer—ya no excepcionalmente, sino con plena normalidad—la administración de los bienes gananciales o parte de ellos, no sólo «alguno» de éstos, como en la antigua redacción del precepto, por Ley de 24 de abril de 1958.

La redacción del artículo 224 es superflua, pues parece claro que los derechos y deberes dimanantes del matrimonio (arts. 56 y 57 del Código civil) no pueden verse afectados por una declaración judicial de carácter exclusivamente patrimonial.

El artículo 225 pretende ampliar la capacidad de la mujer respecto de los bienes de la familia—gananciales, de los hijos comunes y los que administra en virtud de las capitulaciones matrimoniales.

El artículo 237, al redactar de nuevo las causas de incapacidad para la tutela y protutela, introduce correcciones y amplía causas que no obedecen al propósito declarado del legislador de mejorar la condición jurídica de la mujer casada.

Sin embargo, es correcta la supresión de la incapacidad para tales cargos tutelares cuando no obtuviera la licencia marital, ahora abolida.

También es coherente con tal supresión de incapacidad basada en el sexo la eliminación de la excusa para la tutela y protutela por la sola condición femenina. Y no es incorrecta la excusa que se establece cuando el presunto tutor o protutor tiene cinco o más hijos—se ha suprimido el inciso «legítimo» de la anterior redacción—. Aun cuando no sea propósito de esta reforma hacer referencia a la filiación extramatrimonial, no es inadecuado que le haga surtir este modesto efecto respecto del progenitor que tiene a cargo una familia numerosa, aunque no matrimonial.

No precisa comentario alguno la supresión de la incapacidad de la mujer para ser albacea.

El artículo 995 intenta conciliar la plena capacidad de la mujer para aceptar la herencia, acto a título gratuito que puede realizar con plena eficacia, y la carencia de legitimación para obligar los bienes de la sociedad de gananciales.

La nueva redacción mejora la antigua y elimina sus dudas y ambigüedades, apuntadas por la doctrina. Cuando cualquiera de los esposos no consienta la aceptación de la herencia deferida al otro, no responderán los bienes gananciales de las deudas hereditarias.

Creo que no es preciso que dicho consentimiento se preste caso por caso cuando se abra la sucesión a la que está llamado uno de los cónyuges, sino que es posible se conceda en general para todas las sucesiones—o algunas de ellas—a las que sean llamados los esposos.

Tal consentimiento no está sujeto al régimen del artículo 65. La aceptación de la herencia sin el consentimiento del otro cónyuge es un acto plenamente válido y eficaz y no puede ser impugnado por éste. El defecto de tal requisito únicamente provoca que las deudas hereditarias no puedan hacerse efectivas con cargo a los bienes gananciales, pero para conseguir esta inoponibilidad no hace falta impugnar el acto de aceptación.

No merecen especial mención las supresiones de la licencia del artículo 1.053 (partición de bienes) y de la incapacidad de la mujer casada para prestar consentimiento contractual (art. 1.263, 3.º, del Código civil).

El artículo 1.315 merece una mención especial por su trascendental significado. El legislador es diáfano respecto de la *ratio* que motivó la permisión de las capitulaciones postnupciales: su reconocimiento en las zonas del Derecho foral y que el consentimiento de los cónyuges no

queda influido de modo necesario por la intimidad que genera la convivencia en perjuicio de la mujer. El mejor conocimiento de los mecanismos de la formación de la voluntad humana y, en definitiva, el ascenso cultural y laboral de la mujer permiten confiar que no se viciará sistemáticamente su voluntad en su perjuicio. La manera de conseguir que una persona supere sus inhibiciones consiste en otorgarle un margen de libertad y responsabilidad, lo que cuerdamente ha hecho la reforma.

La innovación obliga a dar vivamente las gracias a los autores que, como DE LA CÁMARA, han luchado denodadamente para ampliar las posibilidades de admisibilidad de pactos con motivo de la separación de hecho de los cónyuges, y ante la parquedad de los resultados obtenidos postularon la oportuna reforma legislativa.

La posibilidad de las capitulaciones y modificaciones de capitulaciones postnupciales abre perspectivas de gran flexibilidad para el régimen económico matrimonial. Para los matrimonios en armonía o en aquellos en que la desavenencia no ha alcanzado caracteres demasiado graves, el remedio es saludable y beneficioso. Para los casos límite de situaciones patológicas del matrimonio, el remedio capitular puede ser traumático, pero evita abandonos de familia, procesos de separación para la obtención de alimentos y liquidación de la sociedad conyugal y otros muchos inconvenientes. La paz de las familias ha quedado más asegurada que antes con esta reforma legislativa.

Cualquier régimen paccionado será bueno o una combinación o mixtura de las estudiadas por la doctrina y las legislaciones acertada, en la medida en que se pliegue estrechamente, como el traje al cuerpo, a las necesidades concretas de esta familia individualizada, que podrá dictarse su *lex privata* patrimonial en cualquier tiempo y cuantas veces juzgue conveniente.

Sin embargo, observo una clara antinomia en la redacción de este precepto y su relación con el artículo 1.433 del Código civil. Dada la regla de la retroactividad en grado mínimo de la reforma legal—aplicación inmediata a los matrimonios actualmente existentes y no sólo a los que se contraigan en lo futuro—se deduce que muchos cónyuges separados de hecho pretenderán liquidar desde ahora, mediante las capitulaciones matrimoniales, la sociedad legal de gananciales. ¿Es admisible que la voluntad de los esposos, expresada en tales capitulaciones, dé lugar a la disolución y consiguiente liquidación de la sociedad legal de gananciales?

El artículo 1.417 del Código civil no ha sido retocado y sigue suponiendo que tal sociedad sólo se extingue por disolución o nulidad del matrimonio o por las causas del artículo 1.433. Lo grave es que este último precepto sí ha sufrido reelaboración para conceder a ambos cónyuges—no sólo al inocente—el derecho de pedir la separación de bienes

en los casos de separación personal, cuando el cónyuge del demandante hubiere sido declarado ausente o condenado a una pena que lleve aneja la interdicción civil.

La interpretación estricta de ambos preceptos—las causas de disolución de la sociedad legal de gananciales siguen siendo las del artículo 1.433 y las de disolución del matrimonio con carácter taxativo—llevaría a la conclusión de que las capitulaciones matrimoniales no permiten liquidar dicha sociedad y sí sólo pactar para el futuro (v. gr., el régimen de separación de bienes).

Ello haría coexistir en el mismo matrimonio dos regímenes patrimoniales: el de gananciales, para los bienes actuales del matrimonio que pacta separación hasta el día de la misma, sin posibilidad de liquidarlo hasta que se incida en alguna de las causas del artículo 1.433, y el de separación, para los bienes futuros. Habría que reglamentar las relaciones entre ambos regímenes: cabría relaciones de subrogación real, préstamos de masa a masa, reintegros de dichos préstamos, etc., pero jamás su reducción al de separación, meta obvia de ambos cónyuges que han pretendido capitular a partir de la reforma.

Creo que no es éste el propósito del legislador, aunque no cabe duda que la redacción de los preceptos que estoy examinando no puede ser más descuidada.

Por lo pronto, difícilmente puede considerarse como un régimen matrimonial de bienes la masa de gananciales privada de sus posibilidades de incremento, al eliminarse las fuentes de gananciales del artículo 1.401 y concordantes del Código civil. Tampoco podría regir en su plenitud el artículo 1.407 del Código civil ni presumirse que los bienes que no se probara eran privativos tenían la condición de gananciales: ¿qué razón habría para privilegiar sobre un sistema económico otro anterior a él en el tiempo? Y sin el funcionamiento omnímodo del artículo 1.407 queda en entredicho la pureza de líneas de la sociedad legal de gananciales. La masa de bienes alejada de su fuente de ganancias no podría tener vocación de futuro, que es esencial en la *lex privata* de la familia que constituye su régimen económico. Sólo podría conservarse estáticamente y, a lo sumo, no perder sustancia mediante los mecanismos de subrogación real o de reintegro de los préstamos de masa a masa; sufriría la implacable erosión monetaria y los riesgos que prácticas de la contratación viciosas, tales como el fraude fiscal, imponen al que quiere reinvertir su patrimonio o está obligado a hacerlo. No podría considerarse otra cosa que un patrimonio separado de los privativos de ambos cónyuges.

Creo por ello que la antinomia apuntada, aunque debiera ser aclarada en la próxima reforma legislativa del Código civil, debe ser salvada

mediante la interpretación lógica y sistemática de los preceptos concordantes. El artículo 1.432 no ha sufrido variación, pero permite interpretar al 1.433. Son tres las causas de separación de bienes, dice el precepto: la convencional, en capitulaciones matrimoniales; la judicial, cuando el Juez decreta la separación, y la legal, cuando los cónyuges al contraer matrimonio contravienen lo preceptuado en el artículo 50 del mismo Cuerpo legal. Y aun cuando el artículo 1.417 no se remita al 1.432, sino al 1.433, al hacer alusión a las causas de separación, lo cierto es que si el pacto capitular es causa de separación y la reforma lo admite con posterioridad a la celebración del matrimonio, el mismo debe ser causa de disolución —y consiguiente liquidación— de la sociedad de gananciales.

Otra interpretación daría lugar a los grandes inconvenientes prácticos y antinomias que he apuntado, que estimo no han sido queridos por el legislador, quien de buena fe ha creído que el asunto estaba zanjado con la omnimoda libertad de capitular después del matrimonio el régimen que se estime conveniente para él.

El inciso del artículo 1.316 («contrario a los fines del matrimonio»), como límite a la libertad de capitulaciones matrimoniales ante y postnupciales, es confuso. Si con ello se quiere aludir a los deberes recíprocos de los cónyuges, reconocidos en los artículos 56 y 57 del Código civil—que son de preceptiva lectura por el Juez encargado de autorizar el matrimonio civil (art. 100 del Código civil)—, resulta superfluo, pues nadie ha pretendido jamás que tales deberes no fueran de imperativa observancia en todos los matrimonios. Por tanto, el supuesto ya estaba regulado al prohibir el artículo 1.316 que se pactara aquello que fuera contrario a las leyes.

Si se quiere aludir con tal inciso a los fines matrimoniales, en el sentido técnico preciso del canon 1.013 del C. I. C.—la procreación y educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario—, se incurre en un grave error: *a)* O se obliga a los cónyuges casados civilmente a adoptar una ética matrimonial católica contraria a su conciencia (v. gr., en materia de la procreación de los hijos, lo que es absolutamente contrario al principio de libertad religiosa establecido por el Concilio Vaticano II y en la vigente ley que regula el ejercicio del correspondiente derecho civil). *b)* O se sanciona con la nulidad los pactos contrarios a tales fines canónicos que entre sí estipulen los contrayentes que adoptan la forma católica. Ello significa gravar a los católicos y desgravar a los acatólicos, lo que es contrario a los iguales efectos civiles que diferentes formas matrimoniales deben llevar aparejadas para cualesquiera ciudadanos, creyentes o no creyentes, contrario a la igualdad de los españoles ante la ley (art. 3.º del Fuero de los Españoles).

El legislador ha cometido un grave error si pretendió sacralizar una materia que anteriormente no era sagrada, en tiempos de cambio que más bien tienden a la secularización, reconocida, además, por la propia Iglesia.

Por todo ello creo que la única interpretación plausible es estimar reiterativo el inciso y sostener que tales pactos contrarios a la ética católica no son nulos en la estipulación capitular, con tal que no contravengan el *mínimum ético* que imponen los artículos 56 y 57 del Código civil.

Tampoco es contrario a las leyes el pacto capitular que derogue el artículo 1.407 y exija se pruebe por los medios ordinarios el carácter ganancial de cualquier bien matrimonial, sin presunción alguna al respecto. Todo el complicado sistema de prueba que han elaborado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre este precepto puede ser derogado mediante la oportuna estipulación capitular.

El artículo 1.320, al establecer la libertad de modificar el régimen económico matrimonial, convencional o legal en todo momento, permite que los cónyuges modifiquen cuantas veces quieran su sistema matrimonial de bienes, adaptándolo a sus necesidades e intereses peculiares.

El artículo 1.321, al exigir para las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones el otorgamiento de escritura pública, claramente tiene carácter imperativo: «necesariamente», dice. Se trata de un caso de forma necesaria o *ad solemnitatem*, cuya infracción acarrea la nulidad *in toto* de las estipulaciones capitulares.

Merece alabanza la redacción del artículo 1.322, en cuanto establece la publicidad de las capitulaciones matrimoniales por medio del Registro Civil (anotación o mención, al margen de la inscripción del matrimonio, de las capitulaciones y su modificación); Registro de la Propiedad (en cuanto contenga referencia a inmuebles), y al margen de la escritura matriz de la primitiva capitulación matrimonial, cuando se trate de modificación de las mismas.

Creo que es superflua la redacción del último párrafo de dicho artículo. Es claro que la modificación del régimen matrimonial de bienes no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros, pues ya lo establece el artículo 6, párrafo 2.º, del Código en su redacción de 1974 (la exclusión voluntaria de la ley y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no perjudiquen a terceros).

La nueva versión del artículo 1.361 es desafortunadísima. Ante la necesaria supresión de la licencia marital que establecía el viejo precepto cabían dos soluciones: a) Permitir que la mujer enajenara por sí el bien dotal, con obligación de reinvertir el precio en bienes que asumirían, por

tal motivo, la categoría de dotales inestimados. *b)* O entregar dicho importe del precio o la contraprestación al marido para que por sí hiciera tal reinversión. Tales obligaciones serían puramente personales: el marido podría exigir en cualquier momento la entrega del precio o la efectividad de la reinversión y, en todo caso, tendría derecho a deducir de la masa dotal a liquidar en su día los frutos civiles del precio o precios y contraprestaciones que no le hubieran sido entregados.

Sin embargo, el legislador ha preferido conservar la intervención del marido en el acto de la enajenación. La conversión de la licencia en consentimiento es un claro paso atrás en el proceso de equiparación de la mujer al varón, así como una limitación importante en la legitimación de la mujer casada respecto de sus bienes dotales. Además supone una clara reforma, no confesada ni pretendida por el legislador, según él mismo expresa en el preámbulo, de los regímenes matrimoniales de bienes. Por ello creo que cualquiera de las fórmulas que arriba he enunciado, ofrecidas en forma alternativa a la mujer, tienen mejores razones para convertirse en la redacción definitiva del precepto, en el supuesto de que el legislador siga regulando el régimen dotal en una futura reforma.

La crítica de los artículos 1.383, 1.387 y 1.388 no puede ser otra sino la apuntada, por desgracia, en estas páginas con más frecuencia de lo que fuera de desear: son absolutamente superfluos. Si el artículo 62, esclarecido por el preámbulo de la ley, establece la plena capacidad de obrar de la mujer casada, y si es diáfano que tal plena capacidad se refiere, por lo menos, a sus bienes privativos, huelga repetir lo que es evidente. Sin embargo, el artículo 1.383 repite por segunda vez —antes lo hizo por vez primera el artículo 63— lo que era obvio: el marido no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto a los bienes parafernales si no es como apoderado de su mujer. Al suprimirse la antigua representación de la mujer por el marido (art. 60) sobran los artículos 63 y 1.383.

El artículo 1.389 introduce subrepticamente una reforma en los regímenes matrimoniales de bienes. Sea cual fuere el juicio que merezca la nueva regulación de los parafernales de administración entregada al marido, es evidente que era más urgente regular *ex novo* la sociedad de gananciales ampliando el ámbito de legitimación de la mujer casada respecto de los mismos. El legislador ha colado un mosquito que encontró al paso y tragado el camello. La reforma era innecesaria, pues, estadísticamente hablando, casi ninguna mujer entrega a su esposo los bienes en administración bajo forma solemne, capitular.

Con estas salvedades no parece incorrecta la regulación de dichos parafernales. Peor era, desde el punto de vista de la óptica liberacionista

de la mujer, la remisión a las reglas de los bienes dotales inestimados como figura en el anteproyecto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*. Tal régimen dotal, desusado y arcaico, no era el más apto para regular las relaciones entre el marido y la mujer en este punto concreto.

La reforma respecto de dicha clase de parafernales remite a las reglas pactadas en las capitulaciones matrimoniales y, en su defecto, a las del mandato (arts. 1.389 y 1.391). Por supuesto, que el último de los preceptos es reiterativo, pues bastaba el primero.

Creo que no podrá pactarse en capitulaciones que la mujer puede recabar en cualquier caso, a su voluntad, la administración de los parafernales entregados, como lo admite el artículo 1.732, 1.º (revocación del mandato). La exigencia de que dicha administración haya sido entregada en capitulaciones matrimoniales, acto bilateral e irrevocable, salvo modificación libremente pactada, confiere a la misma cierta consistencia, incompatible con la revocación *ad nutum* de la mujer.

Sin embargo, podrá pactarse la revocación del mandato conferido al marido, no *ad nutum* de la mujer, sino para casos concretos especificados en las capitulaciones (separación de hecho de los esposos e inexistencia de cargas matrimoniales, mala gestión por negligencia inexcusable o abuso de confianza del marido). Tampoco podrá el marido renunciar libremente a la administración, sino por causas concretamente especificadas en las mismas capitulaciones.

Para salvar las inevitables rigideces del régimen capitular, en la práctica las esposas no entregarán la administración formalmente en capitulaciones matrimoniales, sino que se limitarán a conferir un mandato, como acto unilateral y revocable, al esposo. Sin embargo, aun en tal supuesto, no regirá en toda su pureza el mandato ordinario del Código civil, pues el íntimo vínculo existente entre marido y mujer modalizará algunas de sus reglas (v. gr., presunción vehementísima de que el mandato es gratuito, aun cuando el marido sea profesional de la especie de gestión que comprende el mandato, contra la regla del párrafo 2.º del artículo 1.711; consiguiente aplicación de la regla del artículo 1.726; presunción de que el marido debe anticipar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, sobre todo si la mujer carece de medios y el esposo es únicamente quien trabaja en el matrimonio, contra la regla del artículo 1.728, 1, del Código civil).

El artículo 1.390 del Código civil contiene una regla lógica, pues es claro que si el marido no percibe, y no tiene por qué percibir, el precio de la enajenación de los bienes parafernales, tampoco tiene por qué constituir hipoteca en su garantía.

Este tipo de parafernales entregados al marido con posterioridad al

matrimonio, ¿se registrarán por las reglas de las capitulaciones matrimoniales o por las del mandato?

Creo que si el marido llega a constituir la hipoteca legal en garantía del precio que ha recibido, se equipara el supuesto a los parafernales cuya administración se ha entregado durante el matrimonio en capitulaciones. Si el marido no llega a constituir hipoteca deben aplicarse las reglas del mandato puro y simple, con las variaciones indicadas, y la mujer podrá revocar en todo momento tal mandato y exigirle rendición de cuentas.

La reflexión que se deduce de la fragmentaria regulación de los bienes parafernales en la reforma es que hubiera sido preferible regular *ex novo*, con unas pocas reglas verdaderamente sustanciales, los bienes privativos de ambos esposos, varón y mujer, y suprimir el innecesario privilegio que sigue contenido en el artículo 1.385, 2, del Código civil en su inalterada redacción.

El artículo 1.434, párrafo 1.º, parece brindar un argumento suplementario a los partidarios de la no disolución de la sociedad de gananciales por mero pacto capitular: acordada la separación de bienes *por cualquiera de las causas previstas en el artículo anterior*, dice dicho precepto legal, y ello parece excluir a contrario el pacto capitular, que no está previsto en el artículo 1.433, como causa de separación de bienes.

Sin embargo, sigue diciendo el precepto, cuando se den tales supuestos *quedará disuelta la sociedad legal de gananciales y se hará su liquidación conforme a lo establecido por este Código*. La liquidación deberá realizarse en tales supuestos conforme establece el Código, o sea, sin poder separarse de las normas imperativas que el mismo establece. Pero no impide que tal liquidación se lleve a efecto sin sujeción a precepto alguno contenido en el Código cuando la separación haya tenido lugar por capitulación postnupcial. Creo que la fuerza del primer inciso queda explicada coherentemente con el último.

Los artículos 1.435 y 1.436 deberían haber sido reunidos en uno solo, o quizá mejor, el 1.435 es totalmente superfluo, pues el 1.436 establece cuál es el criterio del levantamiento de las cargas del matrimonio, así como cuáles son las cargas que deben comprenderse dentro de las matrimoniales.

El legislador no regula, y debiera haberlo hecho, el supuesto, estadísticamente más frecuente, de que los cónyuges carezcan de bienes suficientes y sí posean rentas de trabajo, ni cuando posean no sólo bienes, sino también rentas.

El artículo 1.438 es innecesario. Valga el comentario hecho al 1.322, último párrafo.

Merece, por el contrario, alabanzas el artículo 1.439, pues clarifica

el supuesto de hecho a que se aplicaba la regulación de la reconciliación entre los esposos. La seguridad de los terceros exige que la alteración del régimen de separación de bienes que supone la reconciliación, deba ser pactada en capitulaciones matrimoniales; en otro caso, subsiste la separación de bienes judicial. Una será la reconciliación psicológica, la reconstrucción de la unidad de vida de los cónyuges, y otra, la reconciliación jurídica, las consecuencias jurídico-patrimoniales de la anterior.

La redacción del artículo 1.441 introduce cambios, no siempre afortunados, respecto de la regulación anterior. No tengo nada que objetar a que la administración de los bienes del matrimonio se transfiera por ministerio de la ley a la mujer en los dos primeros números de dicho precepto (cuando sea tutora del marido o cuando se haya pedido la declaración de ausencia del marido y en tanto se acuerde la separación de bienes). Sí, en cambio, en el número 3.º: cuando el marido haya sido declarado prófugo por la autoridad militar o rebelde en causa criminal. No creo que sea el Código civil la sede apropiada para establecer penas civiles, ni el Derecho de familia para privar de derechos dimanantes de la posición de los cónyuges en la familia por causas de Derecho público, como son la declaración de prófugo o de rebelde en causa criminal. Tales declaraciones son temporales e interinas, pues pueden ser revocadas por la misma autoridad que las dictó o la superior si se justifica la causa de la rebeldía o el error sufrido al declarar prófugo a un alistado—errores de alistamiento u otros—. Pero, además, el interés de la familia no se ve servido por tal transferencia de administración a la mujer, y mucho menos por la caducidad de los poderes para administrar que haya podido otorgar el marido y que quedarán automáticamente sin efecto al transferirse la administración a la mujer.

Era mucho más liberal la antigua regulación del Código: en tales casos, los Tribunales *podrían* conferir la administración a la mujer, *con las limitaciones que juzgaran oportunas*. Nadie mejor que el juzgador para apreciar, caso por caso, el interés familiar necesitado de protección en tales supuestos, y conferir a la mujer una administración más o menos limitada, según sus necesidades.

Merece, por el contrario, alabanza la redacción del artículo 1.444, por haber eliminado la famosa polémica acerca de su interpretación y ampliado notablemente las facultades de la mujer, parigualándola con el varón cuando éste tiene la administración de los bienes conyugales, y exigiendo, consiguientemente, la autorización judicial, que previene el artículo 1.413, para los actos de disposición que el mismo precepto exige.

No creo haya sido acertada la supresión del inciso «el marido respecto a los bienes de su mujer», en la redacción del artículo 1.548. Porque aunque el artículo 1.363 sigue exigiendo el consentimiento de la mujer

para dar en arriendo por más de seis años los bienes inmuebles de la dote inestimada, no se prevé—lo hacía el inciso suprimido—limitación alguna a las facultades del marido administrador de los bienes parafernales entregados. Normalmente, las capitulaciones matrimoniales contendrán normas limitativas de las facultades del marido y, en su defecto, el marido no tendrá las facultades de un mandato expreso, si ello no se le ha atribuido específicamente, y, por tanto, no podrá realizar actos de riguroso dominio (art. 1.713 del Código civil). Pero nada se hubiera perdido con haber conservado el inciso derogado y especificado «el marido respecto a los bienes parafernales cuya administración le hubiera entregado la mujer», dejando de ese modo libre de tal limitación los parafernales ordinarios respecto de los cuales la mujer conserva la plena administración y disposición.

La reforma ha afectado los preceptos que regulan la actividad de la mujer comerciante. La supresión de la incapacidad de la mujer casada para ejercer el comercio sin licencia del marido es consecuencia lógica del capital principio del artículo 62 del Código civil. Aquí el legislador no tiene más remedio que romper su silencio en materia de regímenes matrimoniales de bienes: la mujer que quiera independencia en la gestión de bienes reservados, adquiridos por su esfuerzo o trabajo, viene a decir el legislador, no tiene más que ejercer el comercio, en la seguridad que afectará los bienes de la sociedad de gananciales en mayor o menor medida. Como siempre, la legislación mercantil ha sido avanzada, introductora en su ámbito específico de competencia de principios progresivos, que necesariamente llegarán a ser principios generales del Derecho privado.

Por supuesto, lo que es brillante para el legislador mercantil, no pasa de ser una victoria sin alas, pues la actividad comercial no es sino una pequeña fracción de las actividades que puede desarrollar la mujer casada en el seno de una economía avanzada «de servicios», como es la española de 1975. La necesaria reforma de los regímenes matrimoniales de bienes, en el sentido tantas veces indicado en el trabajo que antecede a este apéndice, es una consecuencia del «quiero y no puedo» del legislador, del privilegio de la mujer comerciante frente a la profesional u obrera para constituir un patrimonio en el que poder actuar con libertad.

Como acertadamente afirma GARRIGÜES DÍAZ-CAÑABATE en el artículo citado (pág. 8 del *Ya* de 29-V-1975), «lo que caracteriza al nuevo régimen es que tiene carácter recíproco, en el sentido de que tampoco puede el marido obligar los bienes comunes sin el consentimiento de la mujer si quiere ejercer el comercio. El consentimiento prestado por un cónyuge a favor del cónyuge comerciante puede ser revocado libremente».

La mujer, pues, queda a la vez beneficiada por cuanto puede ejercer

el comercio, protegida frente a la actividad mercantil del marido cuando éste pretende obligar indiscriminadamente todos los bienes de la sociedad legal de gananciales. La iniciativa de aquél para poder realizar actos de administración fuera de su estricta condición de comerciante obliga a examinar los actos que puedan confundirse con los característicos de su profesión principal. ¿Cómo distinguir la actividad del marido, profesional de la promoción inmobiliaria, que construye edificios, urbanizaciones, etc., para ser vendidos por pisos o parcelas y que, por tanto, compra inmuebles para promover la construcción de tales edificios o urbanizaciones—actividad que para desarrollar sus plenos efectos respecto de los bienes gananciales precisa tal consentimiento, expreso o presunto, pero revocable, de su esposa—, de su actividad como especulador ocasional (v. gr., comprando un local de negocios, un piso o un solar no para construir, sino para constituir un patrimonio de especulación, al margen de su actividad principal)? En tales casos, la interpretación más favorable a los intereses de la mujer consiste en exigir tal consentimiento para tales actos mercantiles aislados, pues de otro modo fácilmente se vulneraría la prohibición legal.

El empleo de la forma social del ejercicio del comercio tampoco debe ser un medio para burlar el necesario consentimiento de la mujer para obligar *in toto* la sociedad legal de gananciales. ¿Responde el total patrimonio ganancial de la obligación de aportación a la sociedad anónima de los dividendos pasivos comprometidos en la suscripción por el marido? Creo que cuando el marido asume *de facto* el control de la sociedad anónima, por ser abrumadoramente socio mayoritario de la misma «el velo de la sociedad anónima» debe ser descorrido en beneficio de la mujer, y en la práctica el supuesto debe reconducirse al del ejercicio del comercio bajo la forma de comerciante individual.

Acertadamente distingue la reforma el consentimiento preciso para obligar los restantes bienes de la sociedad de gananciales—que puede ser expreso o presunto—del preciso para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante—que ha de ser necesariamente expreso.

Aunque el supuesto se debe asimilar al del mandato representativo o apoderamiento, no debe admitirse, porque lo veda el Código, la forma del mandato tácito (art. 1.710 del Código civil): su forma deberá ser expresa por exigencias del rigor de la materia mercantil. Ni siquiera debe admitirse, por el mismo motivo, el mandato verbal, o mejor dicho, el conferido de palabra: debe constar por escrito.

Cuando la forma de obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante es simplemente constituirlos en garantía de la obligación asumida por éste, se deberá observar en cada caso la forma de dicha garantía—afianzamiento, aval, garantía cambiaria.

Un punto importante, en que puede fracasar la reforma, tan progresiva en materia mercantil, consiste en examinar las relaciones de la mujer casada con la Banca. Por supuesto, que si es comerciante en nombre propio podrá realizar todos los actos que la legislación y la práctica bancaria le permitan. Pero la mujer casada, no comerciante, por la propia dinámica de la vida moderna, precisa para gestionar ordenadamente su patrimonio tener constantes relaciones con la Banca, ya sea mediante el simple depósito de sus capitales pendientes de colocación en cuenta corriente, libreta de ahorro o quizá imposición a plazo fijo, o mediante la apertura de un crédito en cuenta corriente o la prestación a un tercero de garantía cambiaria o de aval.

Creo que puede hacer todo ello, y en la medida que tales operaciones generen un crédito del Banco en contra de ella obligará sus propios bienes, no los de la sociedad de gananciales, por la lógica del sistema. Otra cosa sería minimizar el alcance del capital (art. 62 del Código civil). ¿Cómo no podría la mujer hacer actos tan simples como son depositar sus ahorros en el Banco o incluso prestarlos a plazo al mismo? ¿Quién va a poder controlar la ingente masa de operaciones de tal tipo que realice la mujer y exigir para tan simples actos la prueba de la procedencia del dinero como privativo o el consentimiento del marido? La lógica y el sentido común imponen la solución afirmativa, y en esta forma empieza a orientarse la práctica bancaria.

Parecidas consideraciones pueden hacerse respecto de las obligaciones que asume la mujer—préstamo, aval, garantía cambiaria—. Exigir la intervención del marido supone, dada la abolición de la licencia marital, precisar su consentimiento. Y si el marido consiente tales actos obliga a la sociedad legal de gananciales, lo cual es contrario a su intención: deberá hacer contradecларaciones en el texto del consentimiento—sin mi responsabilidad personal ni de mis gananciales, habrá que decir—. En la práctica, cuando la garantía personal de la mujer sea suficiente, el Banco concederá el crédito o admitirá el aval o la firma cambiaria: no así en caso contrario. Esto es, en el fondo, una confusión de un problema de capacidad con otro de garantía. Pero si la práctica se orienta en este sentido es porque en ningún caso temerá perder el dinero prestado ni rechazada la garantía por defecto de consentimiento del marido.

Otro punto importante en la práctica será la compraventa de valores mobiliarios que cotizan en Bolsa por la mujer. Es posible que el problema radique en el mayor o menor rigor que impongan los Bancos para el depósito de dichos valores a nombre de la mujer. Quizá la correcta doctrina sería exigir el consentimiento del marido para tal depósito a nombre de la mujer o la prueba de la procedencia privativa de los mismos valo-

res (v. gr., presentación de la hijuela hereditaria en que se le adjudican los mismos). Pero creo que constituido el depósito, todos los valores afectos al mismo se enajenarán en Bolsa sin exigir más pruebas del carácter privativo. Las órdenes de compra que la mujer dé con cargo a las cuentas corrientes abiertas exclusivamente a su nombre también surtirán efecto, sin que ni el Banco ni los agentes intermediarios califiquen la procedencia del dinero y la legitimación de la mujer para realizar actos que presuntamente afectan a la sociedad legal de gananciales. E intervenida la operación por el agente intermediario, la operación, sea de compra o de venta, queda cubierta bajo el manto de la irreivindicabilidad de los títulos afectados (art. 545, 3, del Código de Comercio); por tanto, el problema de la ganancialidad o no de los valores, de sus precios, de los dividendos «en papel», ampliaciones de capital procedentes de bienes privativos de la mujer, etc., afectan al marido y a la mujer, que deben discutirlo sin afectar para nada a los terceros que han contratado bajo la fe del agente.

Pretender otra cosa sería complicar el tráfico bolsístico, ya de por sí muy complicado y poco ágil—al menos, para entregar los resguardos o pólizas de los títulos nuevamente adquiridos—, hasta extremos imposibles de controlar.

No obstante todo lo expuesto, temo que pueda aplicarse a la reforma que estoy epilogando, lo que afirmó Díez PICAZO respecto de la de 24 de abril de 1958 (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ediciones Ariel, 1973, pág. 108). Dicha reforma... «intentó liberar de incapacidades y limitaciones la condición jurídica de la mujer. Es verdad que la situación mejoró algo, pero, sin duda, bastante poco, fundamentalmente porque las estructuras mentales, económicas y sociales del país en 1958 —probablemente no muy distintas de las actuales—no permitieron otra cosa».

Tengo que discrepar de esa apreciación de tan ilustre civilista y buen amigo. Las condiciones socioeconómicas y mentales del país real de 1975 son profundamente diversas de las del país oficial en 1958. El cuadro de valores autoritario-nacional-católico, que regía incontestablemente al país en 1958, ha sido desde hace años puesto en tela de juicio, «contestado», sobre todo, por las generaciones más jóvenes. Tal cambio social e ideológico—al menos, el primero—ha sido reconocido por el preámbulo de la reforma de esta ley.

Otra cuestión es que la reforma quiera ser más semántica que real, encubridora más que desveladora, de la situación de inferioridad de la mujer.

Pero el cambio social seguirá su incontenible camino, aun a desprecio

de la coactividad del Derecho, que continuará creando infelicidad y siendo un instrumento de represión más que de bienestar de los ciudadanos.

No, no estamos en la España de 1958; pero, desgraciadamente, tampoco en la Europa de 1975. Esto último no porque el país real no lo desee y no intente instrumentar el cambio preciso, sino porque las estructuras desfasadas del poder impiden que tal cambio se articule en leyes liberadoras.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

Algunos aspectos civiles de la nueva Ley de Minas

Decía ANGEL TORDESILLAS hace ya casi diez años que el hecho de la publicación y entrada en vigor de la Ley del Plan de Desarrollo inducía a plantearnos el problema de la industrialización española (1), y continuaba afirmando que la legislación de minas ha venido sumiéndose en un letargo, a pesar de que su movilidad y adaptación es requerida en todo momento. Una excepción la constituyeron los hidrocarburos, que en 1958 se desgajaron de la legislación minera para adquirir subsistencia propia. El año 1959 nuestro país dio comienzo a la política estabilizadora integrándose en los organismos económicos mundiales. Se pregunta el citado autor por qué existe una disconformidad entre la Ley de Minas y la legislación sobre inversiones extranjeras en España, y dedica su libro precisamente a la inversión del capital extranjero en la minería.

Sin embargo, la nueva Ley de Minas no constituye ciertamente un estímulo para las inversiones extranjeras, ya que al exigir de un modo tajante y absoluto, en su artículo 89, la nacionalidad española para ser titular de derechos mineros, frena el crédito de procedencia no nacional, impidiendo una de las formas más eficaces de garantía, cual es la hipoteca de la concesión (2) en favor de personas físicas o jurídicas extranjeras.

No es éste el momento ni el lugar oportunos para hacer una crítica de la Ley de Minas de 1973 de carácter general, pero sí queremos abordar algunas cuestiones de tipo civil y preferentemente (aunque no con carácter exclusivo) los problemas que en dicho campo plantea la prohibición de la nueva ley en orden a la titularidad de derechos mineros en favor de súbditos extranjeros.

(1) *El Derecho Minero y las inversiones extranjeras*, págs. 9 y ss., Ed. Montecorvo, Madrid, 1964.

(2) Véase nuestro libro *La Hipoteca de Concesiones Administrativas*, págs. 151 y ss., Ed. Montecorvo, Madrid, 1973.

Decía el profesor GITRAMA que la invasión del Estado, de cualquier Estado, en esferas en otro tiempo reservadas a la actividad privada, ha dado naturaleza de Derecho público a una parte considerable de las mismas. «El legislador se siente en la necesidad de ser urgentemente fecundo. Y los inconvenientes de la incesante legiferación no son pocos ni poco importantes, máxime si no son juristas quienes elaboran las disposiciones» (3).

El Derecho civil, desde hace ya bastantes años, está sufriendo la intromisión del Derecho público, que se realiza a través de numerosas disposiciones administrativas que directamente le afectan, y ello es tanto más grave en caso de leyes reguladoras de materias económicas, industriales y técnicas en general, cuanto que éstas suelen ceñirse a su punto de vista, ignorando aspectos muy interesantes por ser exclusivamente jurídicos, y cuando los regulan no lo hacen con la perfección exigible, lo que da lugar a abundantes problemas, cuya solución queda en el aire o que difícilmente puede alcanzarse.

Un ejemplo de cuanto venimos diciendo lo constituye la vigente Ley de Minas de 1973. Ciertamente que el Reglamento no ha sido todavía promulgado, por lo que pudiera parecer precipitada esta afirmación; pero aun a riesgo de que nuestros asertos sean tachados de prematuros, creemos conveniente apuntar algunas ideas por si pudieran tener alguna influencia en la redacción del Reglamento en orden a la corrección de los defectos de que, en nuestra opinión, adolece la ley.

Vamos a referirnos exclusivamente al campo del Derecho civil, como antes dijimos; a aquellas materias que teniendo una regulación general en el Código civil han sido afectadas por la Ley de Minas, no a aquellas otras de contenido exclusivamente técnico-industrial, científico o económico, para las que desde ahora nos declaramos incompetentes, remitiéndonos al juicio de personas más autorizadas y manifestando nuestra convicción intuitiva de la bondad de la ley en estos aspectos. Tampoco vamos a referirnos a los aspectos administrativos que la ley contiene, porque exceden de los límites de este trabajo. Únicamente vamos a tratar de las limitaciones que la ley impone para ser titulares de derechos mineros, que se concretan en sus artículos 89 y 98.

(3) *La hora actual del Derecho Privado*, págs. 5 y 7. (Conferencia del Profesor Dr. D. Manuel Gitrama González en el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante.) Fiestas de la Inmaculada, 1966. Edición de dicha Corporación.

ADQUISICION *INTER VIVOS* DE DERECHOS MINEROS POR SUBDITOS EXTRANJEROS

El artículo 89 de la Ley de Minas vigente establece: «Uno. Para ser titular de derechos mineros es necesaria la nacionalidad española, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11 de esta ley.—Dos. En régimen de comunidad de bienes, las personas físicas o jurídicas extranjeras podrán ser titulares hasta el 49 por 100 de los derechos indivisos sobre los mismos, siempre que permanezca la comunidad, sin que en ningún caso pueda por división de la cosa común adjudicarse parte alguna de ella a comunero extranjero.—Tres. En el supuesto de división de la cosa común, la cuota correspondiente al comunero o comuneros extranjeros acrecerá la de los restantes que lo deseen repartiéndose por igual entre todos ellos, salvo acuerdo que establezca otra forma de reparto.—Cuatro. En todo caso, el comunero o comuneros extranjeros recibirán el valor que corresponda a sus cuotas respectivas, de cuyo pago serán solidariamente responsables los comuneros que hubieran ejercitado el derecho de acrecer previsto en el párrafo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra los demás en la proporción que corresponda.—Cinco. La fijación del valor de las cuotas correspondientes a los extranjeros se realizará de mutuo acuerdo, y a falta de éste, en la forma y por los procedimientos establecidos en la legislación de expropiación forzosa, previa petición al respecto a la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, que elevará el expediente con su informe al Jurado Provincial de Expropiación».

A) BREVE CONSIDERACIÓN HISTÓRICA

En la antigüedad se consideró al extranjero como totalmente extraño al orden jurídico, ya que la nacionalidad se concebía como algo propio de cada individuo (si se nos permite hablar de nacionalidad en aquellas primitivas épocas); era la pertenencia a la población constitutiva de un país determinado. El extranjero estaba excluido de toda participación en los derechos públicos y en los privados. Existieron, sin embargo, algunas instituciones que atemperaron la rigidez de esta situación, tales como la clientela y la hospitalidad, y en Roma especialmente, el *ius gentium*, del que participaban los extranjeros.

En la Edad Media perduró el criterio de inferioridad jurídica del extranjero, aunque la situación, naturalmente, era distinta en los diversos países. En general permaneció el criterio de hostilidad, que se refleja en

instituciones como el derecho de aubana, que privaba a los extranjeros del derecho a testar y del derecho a heredar a sus parientes; la prohibición de adquirir bienes inmuebles (muy lógica, por otra parte, si pensamos en que la propiedad de la tierra suponía la atribución de derechos políticos), etc.

Nuestro Derecho histórico (Fuero Real y Partidas) se mostró más considerado con los extranjeros, que gozaban en España de una situación superior a la que les atribuían otras legislaciones. Según RODRÍGUEZ RAMÓN, el derecho de aubana no fue aplicado nunca en nuestra Patria (4).

En los derechos modernos podemos apreciar tres sistemas distintos: el de reciprocidad diplomática, el de reciprocidad legislativa y el de igualdad, que, si bien con algunas excepciones, es el que rige en España al amparo del artículo 27 del Código civil.

La legislación española de minas se inspira en el principio fundamental del dominio eminente del Estado sobre el subsuelo nacional. Ya el Fuero Viejo de Castilla contiene una disposición citada por PUYUELO (5), según la cual «en el señorío del Rey nadie tiene derecho de trabajar en una mina cualquiera de oro, plata, plomo o cualquier otra materia sin una orden formal del Rey», idea ésta que con diversas alternativas ha debido persistir hasta el momento presente y dar nacimiento a la teoría del dominio del Estado que ha prevalecido en España (6).

Pero vamos a nuestro problema. La primera disposición que hace referencia a los extranjeros como titulares de derechos sobre minas de que tenemos noticia es la importante Ordenanza de Felipe II de 22 de abril de 1584, según la cual se autoriza a todos los habitantes del reino, nacionales o extranjeros, a descubrir y sacar provecho de las minas, obteniendo la posesión y la propiedad plena y entera, pudiendo hacer en ellas y de ellas como cosa propia.

La Ley de 19 de julio de 1944 exigía la nacionalidad española para evitar que las riquezas fundamentales del país caigan en manos extranjeras, y este criterio sigue también la vigente Ley de 21 de julio de 1973.

B) LOS EXTRANJEROS Y LA COMUNIDAD DE DERECHOS MINEROS

a) *Recursos minerales de la sección A)*

La nueva Ley de Minas divide los recursos minerales en tres secciones. A la primera (sección A) corresponden los de escaso valor económico

(4) Cfr. NIBOYET, *Principios del Derecho Internacional Privado*, págs. 172 y siguientes.

(5) «Derecho Minero», pág. 25. Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954.

(6) Cfr. Partida 3.ª, Ley 11, Tít. XXVIII.

y comercialización geográficamente restringida, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebrantado y calibrado (art. 3.º, A). El aprovechamiento de los recursos de esta sección, cuando se encuentren en terrenos de propiedad privada, corresponderá al dueño (salvo que sea extranjero, como después veremos) o a las personas físicas o jurídicas a las que ceda sus derechos, conforme a lo establecido en la legislación minera. Cuando se encuentren en terrenos patrimoniales del Estado, provincia o municipio podrán éstos aprovecharlos directamente o ceder a otros sus derechos. Cuando se hallen en terrenos de dominio y uso públicos serán de aprovechamiento común (art. 16).

En cualquier caso, como se desprende del artículo 89, 1.º, para ser titular de derechos mineros es necesaria la nacionalidad española (salvo lo que dispone el art. 11, b), en materia de trabajos de investigación).

El párrafo 2.º del artículo 89 contiene una disposición que dulcifica en cierta manera la prohibición absoluta del párrafo 1.º, cuando autoriza a las personas físicas o jurídicas extranjeras a ser titulares de cuotas de una comunidad de bienes sobre una mina. En concordancia con el número 1.º prohíbe, naturalmente, que en caso de división de la cosa común pueda adjudicarse parte alguna de la mina a un extranjero. Dicha parte acrecerá a los demás comuneros que lo deseen repartiéndose por igual entre todos ellos, salvo pacto en contrario que establezca otra forma de reparto. En todo caso, el comunero o comuneros extranjeros recibirán el valor de sus cuotas, de cuyo pago serán solidariamente responsables los comuneros que hubiesen hecho uso del derecho de acrecer, sin perjuicio de repetir contra los demás en la proporción que les corresponda (artículo 89, 3.º y 4.º).

En cuanto a la fijación del valor de las citadas cuotas, la ley establece, en primer lugar, el mutuo acuerdo y, en defecto del mismo, se remite a los procedimientos establecidos en la Ley de Expropiación Forzosa, previa petición al respecto a la Delegación de Industria, que elevará el expediente con su informe al Jurado Provincial de Expropiación.

Como se observa a simple vista, la regulación de la materia es fragmentaria y probablemente dará lugar a frecuentes problemas. En primer término, el acrecentamiento de la cuota de los extranjeros a los copropietarios nacionales, en caso de división, aparece configurado como una facultad de los mismos, no como una obligación, ya que claramente establece que acrecerá a los comuneros *que lo deseen*. ¿Qué ocurre si ninguno de los comuneros quiere ejercitar el derecho de acrecer? Sencillamente que queda una cuota vacante que no corresponde a éstos, porque

no han ejercitado el derecho citado, ni al condueño extranjero, pues existe una prohibición legal que lo impide. Estamos ante una laguna de la ley. Como derecho supletorio debe aplicarse el Código civil, pero este cuerpo legal no contiene, en su regulación de la comunidad, disposición alguna que permita resolver el problema por analogía. Sin embargo, el artículo 405 establece que la división de la cosa común no perjudicará a tercero, que conservará los derechos reales que le pertenecieron antes de la división.

En términos generales, el copropietario no es tercero, sino parte, ya que es quien puede ejercitar la acción de división; pero en este caso no puede aspirar a convertirse en titular de parte de la mina por división de ésta, que es uno de los efectos de la partición, como se desprende del artículo 406 en relación con el 1.068 del Código civil. De todos modos, si el artículo 405 determina que la división de la cosa común no debe perjudicar a tercero, por aplicación del procedimiento analógico y de los principios generales del Derecho, hay que admitir que tampoco puede perjudicar a las partes; lo contrario sería absurdo. En cualquier caso, el condueño extranjero de una mina no puede ser perjudicado por la división.

El planteamiento legal es un tanto deficiente, pues deja sin resolver si el comunero extranjero debe ser considerado parte en la división, si puede ejercitar la acción de división y qué ocurre con la parte que debiera corresponderle si los demás copropietarios no ejercitan su derecho de acrecer.

Hubiese sido más lógico que la ley prohibiera que pudiera dividirse la mina común sin reintegrar al comunero extranjero del importe de su parte por los demás comuneros. Con el sistema adoptado, la parte que correspondería al extranjero queda sin dueño; no corresponde a los restantes copropietarios porque no han ejercitado su derecho de acrecer (nos referimos a este supuesto, naturalmente, pues si ejercitan tal derecho no surge el problema), y no pertenece al comunero extranjero porque lo prohíbe la ley. Si los comuneros nacionales hacen efectivo su derecho de acrecer, el condueño extranjero tendrá un derecho de crédito contra ellos por el importe de su parte; pero si aquéllos no hacen uso de tal derecho, ¿contra quién habrá de dirigirse?

Al tratarse de un bien inmueble (la cuota intelectual existente sobre la mina se concreta por la división en una mina nueva, que lo es), resultará un bien inmueble sin propietario, que deberá pasar al patrimonio estatal por aplicación del artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado, que atribuye los inmuebles vacantes al mismo; pero, naturalmente, esto no puede tener lugar sin indemnizar al súbdito extranjero del valor de su parte en la comunidad extinguida, pues se trata de algo parecido a una expropiación que podemos denominar implícita y, en todo caso, el artícu-

lo 349 (que, por cierto, no utiliza la palabra expropiación) dice que nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por la autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, *previa siempre la correspondiente indemnización*. Es evidente que este precepto no está pensado para una situación como la que nos ocupa, pero también lo es que nadie puede ser privado de su propiedad sin indemnización. Por otra parte, sería contrario a los principios generales que informan el Derecho español, pues se produciría un enriquecimiento injusto en favor del Estado, lo que resulta inadmisibles. Por ello entendemos que el Estado deberá indemnizar el valor de mina que se incorpora a su patrimonio.

La cuantía de la indemnización deberá ser acordada por las partes (ex copropietario y Estado); si no llegan a un acuerdo decidirá el Jurado Provincial de Expropiación y, en último término, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (6 bis).

Nada dice la ley sobre este punto, por lo que esperamos que sean aclaradas estas cuestiones en el desarrollo reglamentario.

Como la Administración, naturalmente, deberá prestar su consentimiento previo a la división, éste será el momento oportuno para que al mismo tiempo sea resuelto el problema de la indemnización que, en su caso, corresponda al súbdito extranjero. Por ser aquélla quien, en definitiva, decide si la división ha de efectuarse o no, estimamos que ésta puede ser solicitada por el último.

b) *Recursos minerales de la sección B)*

La Ley de Minas incluye en la sección B) las aguas minero-medicinales y minero-industriales, las termalés, las estructuras subterráneas y los yacimientos constituidos por residuos de actividades mineras (art. 25).

Las aguas medicinales, industriales y termalés pueden ser objeto de propiedad privada, como se desprende del artículo 25, por lo que les es aplicable cuanto dijimos anteriormente de las sustancias comprendidas en la sección A) en materia de titularidad.

Los yacimientos de origen no natural pueden proceder, al menos teóricamente, de actividades mineras de las comprendidas en las secciones B) y C). Si se trata de las primeras podrán ser objeto de propiedad privada, por lo que les serán aplicables también los criterios anteriormente expuestos al hablar de los minerales comprendidos en la sección A); en caso de tratarse de yacimientos situados en tierras de dominio público

(6 bis) A la misma solución puede llegarse aplicando el artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa, aunque estimamos que no está pensado tampoco para este caso.

será aplicable lo que después diremos al tratar de los aprovechamientos de la sección C).

Lo que hemos dicho de los yacimientos de origen no natural es igualmente aplicable a las llamadas estructuras subterráneas en relación con la capacidad de los extranjeros en caso de condominio de los citados aprovechamientos.

c) *Recursos minerales de la sección C)*

Pertenecen a la sección C) los yacimientos minerales y recursos geológicos que no estén comprendidos en las secciones A) y B) [art. 3.º, c)]. Estos yacimientos deben ser considerados de dominio público, según el precepto general contenido en el artículo 2.º de la Ley de Minas, y sólo podrán ser aprovechados en virtud de una concesión administrativa (véase art. 60).

Esta concesión puede ser otorgada a una comunidad, con lo que se establecerá una comunidad de concesión minera, de la que podrán formar parte personas físicas o jurídicas extranjeras, siempre que su participación no exceda del 49 por 100 de los derechos indivisos (art. 89, 2.º).

En el supuesto de división de la concesión, la participación en el derecho real que la misma implica, correspondiente a los comuneros extranjeros, acrecerá a los comuneros nacionales que lo deseen, quienes deberán indemnizar a aquéllos el valor de sus cuotas respectivas. El derecho de acrecer es una facultad; por tanto, los comuneros pueden ejercitarla o no. En el primer caso no se plantea problema alguno, salvo los que puedan surgir de la valoración de la cuota correspondiente, los cuales serán resueltos en defecto de acuerdo por el Jurado Provincial de Expropiación, previa petición al respecto a la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, que elevará el expediente al Jurado acompañado de su informe.

En caso de que los comuneros nacionales no hagan uso de su derecho de acrecer se presenta el problema de qué hacer con la mina vacante; problema aparente, ya que tratándose la concesión de un derecho real administrativo sobre un bien del Estado, no hay duda de que pasará a formar parte del dominio público de éste.

La parte de mina vacante, o mejor, la nueva mina, es un bien inmueble susceptible de ser objeto de una concesión nueva. En realidad, lo que queda vacante es una cuota, parte de un derecho real administrativo de concesión, al cual no puede aplicársele el artículo 21 de la Ley del Patrimonio del Estado, que atribuye los inmuebles vacantes al Estado, porque la mina no es un bien patrimonial, sino un bien de dominio públi-

co, y lo que queda vacante no es la mina, sino una cuota de la concesión minera. Naturalmente que si consideramos, como es nuestra opinión, que la concesión es un derecho real sobre cosa ajena, y que la mina es de dominio público, al extinguirse el derecho real que la concesión es, la mina pasará a reintegrarse en el dominio público del Estado. Por tanto, nacerá un derecho del comunero extranjero contra el Estado, por haberse extinguido la concesión por imperativo legal.

El artículo 349 del Código civil determina, como hemos visto, que nadie podrá ser privado de su propiedad sin la correspondiente indemnización. El artículo 27 concede a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles, salvo lo dispuesto en leyes especiales y tratados internacionales, y la Ley Especial de Minas no limita hasta tal punto los derechos de los dueños extranjeros de privarles de indemnización por la privación de su parte. Lo mismo se deduce del artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa, aunque no contemple exactamente este supuesto.

Como la división de la concesión minera entre los concesionarios no puede realizarse sin el consentimiento de la Administración previamente otorgado, será entonces cuando se sopesen las razones expuestas y se fije por aquélla, de acuerdo con el o los interesados, el importe de la indemnización. Como en realidad se trata de una figura análoga al rescate anticipado, cuya naturaleza jurídica es equivalente a la expropiación forzosa, en caso de disconformidad en el importe o valoración de la porción rescatada será competente el Jurado Provincial de Expropiación, análogamente a lo dispuesto (aunque no contemple exactamente este caso) en el artículo 89, 5.º, de la Ley de Minas.

Es evidente que entre la figura administrativa del rescate de concesiones y el caso que nos ocupa existen notables diferencias, pero creemos que las analogías tienen la suficiente entidad como para poder fundar sobre ellas nuestra anterior afirmación.

El rescate supone la transferencia a la Administración, por acto de imperio, antes del transcurso del plazo de concesión, de la explotación del bien o servicio concedido (7). Supone una reserva de poderes; la expresión de la llamada cláusula de precario en el acto constitutivo de la concesión, sin cuya expresión la Administración podría intentar la anulación del acto, pero no apoyarse en la norma para imponer las consecuencias de la precariedad en virtud del respeto debido a los actos creadores de derechos subjetivos, así como en virtud del sustrato bila-

(7) Cfr. CANO TELLO, *La Hipoteca de Concesiones Administrativas*, pág. 228, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973.

teral de la concesión, como pone de manifiesto MARTÍN RETORTILLO (8).

En el presente caso no se da, naturalmente, la figura del rescate en toda su pureza, pero no cabe duda de que la concesión se divide previo consentimiento de la Administración, pues éste constituye un presupuesto para poder practicarla, y la Administración conoce al otorgarlo la existencia de un comunero extranjero, que no podrá ser adjudicatario de la nueva mina resultante y que por ello se reintegrará en el dominio público del Estado antes del plazo de normal extinción de la concesión, con la consiguiente extinción en cuanto a la misma del derecho del concesionario. Siendo la Administración quien, en definitiva, decide sobre la división de la concesión minera, creemos que no hay inconveniente para que pueda ser solicitada por el comunero extranjero.

El comunero extranjero de una concesión deberá ser indemnizado al dividirse ésta en mérito a las razones apuntadas, y la indemnización deberá comprender: 1.º El lucro cesante durante las anualidades que falten hasta completar el plazo de concesión. 2.º El material e instalaciones de reversión gratuita a la Administración, que por acortarse el plazo no haya podido ser amortizado. 3.º Los bienes y materiales útiles a la concesión que no sean de reversión gratuita (9). Sin embargo, creemos que cuando la división haya sido solicitada por el comunero extranjero, no tendrá derecho al lucro cesante.

d) Conclusiones

Si la mina o derecho minero puede ser de propiedad privada, la porción vacante que se produce cuando haya división y no ejercicio del derecho de acrecer por los comuneros nacionales de la parte correspondiente; en su caso, los comuneros extranjeros, constituye un bien inmueble patrimonial, que pasará a integrarse en el patrimonio estatal por aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado en su artículo 21.

Se hace necesario, por tanto, que el Estado indemnice al súbdito extranjero virtualmente expropiado del valor de su parte o inicie expediente de expropiación. El futuro Reglamento de Minas deberá regular esta materia.

Lo mismo ocurre en caso de extinción de la concesión minera, si bien con la diferencia de que la mina liberada del derecho real de concesión pasará a formar parte del dominio público del Estado.

(8) «Las Comunidades de Regantes y la perpetuidad de sus concesiones de aguas», en *Revista de Estudios Agro-Sociales*, núm. 60, págs. 33 y ss.

(9) Cfr. GARRIDO FALLA, «Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios», en *Revista Admón. Pública*, 1964, pág. 234.

TRANSMISIONES *MORTIS CAUSA*

Dice el artículo 98 que en las transmisiones *mortis causa* de cualesquiera derechos mineros será preceptiva la notificación a la Delegación Provincial competente del Ministerio de Industria en el plazo de un año desde el fallecimiento del causante, a los efectos de obtener la autorización a que se refieren los artículos 94, 95 y 97 de la Ley de Minas, que exigen la del Ministerio de Industria. (En este caso hay que hablar más de aprobación que de autorización, ya que se trata de un requisito *a posteriori*.)

En el supuesto de que la Administración conceda la aprobación, se consolida la adquisición; pero en el caso de que la Administración no preste su consentimiento, se pueden plantear importantes cuestiones de Derecho civil e hipotecario:

- a) Situación del heredero que ha aceptado la herencia antes de la aprobación administrativa y momento en que surte sus efectos la adquisición de la herencia.
- b) Inscripción del derecho.

a) *Situación del heredero*

En cuanto al primer problema, estimamos que la falta de autorización administrativa, esto es, cuando la Administración no se ha pronunciado todavía, no impide al heredero la adquisición de su derecho sobre la mina, que se produce al amparo de normas civiles exclusivamente, que son las que regulan el Derecho de sucesiones. El artículo 657 del Código civil determina que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, y el 440 establece que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. Según el artículo 989, los efectos de la aceptación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda.

Si la Administración presta su aprobación, el titular de los derechos mineros de que se trate consolida su situación frente a ésta; pero en el aspecto puramente civil su situación no sufre alteración.

En cambio, si la Administración deniega la aprobación surge una situación compleja, que es necesario estudiar:

- 1.º El titular del derecho minero adquirido por título hereditario no podrá seguir siéndolo, no por falta de capacidad, sino en virtud de una prohibición administrativa. Si se trata de un heredero extranjero, la Administración deberá denegar siempre la autorización por existir una prohibición legal.
- 2.º La denegación de la aprobación, en caso de que el heredero sea nacional, no surte efectos retroactivos y hay que considerarle heredero hasta la fecha del acto administrativo denegatorio, porque la prohibición nace de dicho acto; pero en caso de heredero extranjero, el acto administrativo, al menos si es heredero único, no hace más que concretar una prohibición que ya existía en el momento de transmitirse la herencia, por lo que dicha transmisión es nula, de acuerdo con el artículo 6-3.º del Código civil; por tanto, el acto administrativo denegatorio, en caso de haberlo, tendrá siempre efecto retroactivo, o mejor, declarativo de una nulidad que se había producido antes, ya que la nulidad de la transmisión no deriva del acto administrativo, sino de la ley.
- 3.º Si existe una pluralidad de herederos hay que distinguir dos casos: que la prohibición administrativa o legal (en caso de extranjeros) se extienda a todos los herederos o sólo a parte de ellos. En este supuesto, el problema planteado y la solución que propugnamos es la misma que hemos visto para la comunidad, con las excepciones que vamos a indicar.

La sucesión hereditaria, en caso de una pluralidad de herederos, da lugar siempre a una comunidad. Como regla general, la división es voluntaria, a menos que ocurran alguna de las causas por las que se extingue la sociedad, y en este caso, aun en el supuesto de que hubiese prohibido el testador la división. La indivisión no se podrá mantener en caso de que existan coherederos extranjeros, si sus participaciones sumadas ascienden a más del 49 por 100 del valor de los derechos mineros indivisos, en cuyo caso habrá que proceder a la extinción de la comunidad en cuanto a la mina o derecho minero en general, sin perjuicio de que continúe la indivisión sobre los restantes bienes de la herencia (10). Respecto a los herederos extranjeros y a los nacionales afectados de una prohibición administrativa, se procederá en la forma que hemos visto al estudiar la comunidad anteriormente, siendo aplicable el artículo 89

(10) Y ello es así porque al tratarse de cuotas abstractas la proporcionalidad de la participación de los coherederos o condueños se produce sobre cada cosa de la herencia. Como dice SÁNCHEZ ROMÁN, el derecho de los condominios llega hasta la última molécula de cada cosa indivisa y allí se encuentra con el derecho de los demás.

de la Ley de Minas, con el correspondiente derecho de acrecer de ejercicio facultativo en favor de los comuneros nacionales.

Téngase en cuenta que nos referimos al impropiaamente llamado derecho de acrecer entre comuneros, no al acrecimiento sucesorio.

Respecto de este último, se hace preciso distinguir entre sucesión testamentaria, forzosa y legítima.

Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer es necesario conjunción de llamamientos, porción vacante (art. 982) y que no haya sido nombrado sustituto por el testador; por analogía, se da también en caso de incumplimiento de condición suspensiva, en el de nulidad de la disposición testamentaria en favor de un heredero y en el de ausencia declarada, si bien con carácter provisional.

El problema que aquí nos interesa es el de determinar si el derecho de acrecer en caso de sucesión testada es voluntario o forzoso para los herederos, pues el testador puede prohibirlo sin duda alguna. Creemos que el heredero puede renunciar al derecho de acrecer, ya que, según lo dispuesto en el artículo 6-2.º, todos los derechos son renunciables, con las limitaciones que expresa, y si bien el artículo 990 establece que la herencia no puede aceptarse parcialmente, pueden considerarse herencias distintas la porción propia y lo que acrece, por lo que cabe que el heredero acepte la primera y rechace la segunda. Estos criterios son perfectamente aplicables al caso de adquisición hereditaria de un derecho minero.

En cuanto a los herederos legitimarios, según el artículo 985 del Código civil, el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos o a uno y un extraño. Si la parte repudiada fuere la legítima sucederán en ella los coherederos por derecho propio y no por derecho de acrecer. En el primer caso, el derecho de acrecer tiene también carácter voluntario por aplicación de las reglas del acrecimiento testamentario.

Respecto de la sucesión legítima, la parte del que repudia la herencia acrece siempre a los coherederos (art. 981).

Los artículos 981 y 985 se refieren al caso de repudiación; el 982, con un criterio más amplio, habla del caso de que uno de los llamados muera antes que el testador, renuncie a la herencia o sea incapaz de recibirla.

Prescindiendo de cuestiones que aquí no nos interesan (11), entendemos que el derecho de acrecer se da siempre que haya una porción vacante y no exista sustituto ni derecho de representación, todo ello dentro del marco y con el cumplimiento de las exigencias que en cada caso

(11) Cfr. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, págs. 285 y ss., Madrid, 1907.

determina nuestro Derecho sucesorio. Téngase en cuenta que respecto del acrecimiento sucesorio no plantea problemas el que uno o más herederos sean extranjeros, ya que como pueden formar parte de la comunidad, con el límite del 49 por 100, podrán también aceptar la herencia, aunque no puedan ser adjudicatarios por partición ni permanecer en la indivisión si sus partes exceden del citado 49 por 100.

En suma, en todos los casos en que en virtud de un título sucesorio se dé una comunidad hereditaria, ~~el derecho de acrecer~~, cuando tenga carácter voluntario (cosa que no ocurre en la sucesión legítima), da lugar a los mismos problemas y reclama las soluciones que hemos visto al comentar el artículo 89 de la Ley de Minas.

En caso de que no exista más que un solo heredero sin tener sustituto y la Administración no lo considere aceptable o sea extranjero, se produce un bien inmueble vacante o se extingue una concesión.

La situación es análoga a la que anteriormente vimos para el caso de comunidad, según se trate de un derecho que pueda ser de propiedad privada o no. En el primer caso se le dará el destino previsto en el artículo 956 del Código civil, y en el segundo pasará al dominio público, pero en ambos deberá ser indemnizado el heredero. Cuando sea español creemos claramente aplicable el artículo 1.º de la Ley de Expropiación, que prevé la iniciación de expediente expropiatorio.

También aquí se hace necesario que el Reglamento de Minas resuelva de modo expreso la cuestión para evitar problemas en el futuro.

b) *Inscripción del derecho*

Según el artículo 98 del Reglamento Hipotecario, cuando las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para inscribir determinado título la autorización, licencia, aprobación o cualquier otra intervención de organismos administrativos, así como la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita en el acta de inscripción y en la nota al pie del título de no haberse justificado, y la advertencia de que transcurridos dos años desde la fecha del asiento será cancelado de oficio o a instancia de parte si no se hizo constar antes el referido requisito. Practicada la inscripción, si se presenta el documento justificativo, se hará constar por nota marginal. Transcurrido dicho plazo sin haberse presentado, se cancelará el asiento también por nota marginal.

Este precepto es aplicable a la adquisición de derechos mineros por españoles en virtud de un título sucesorio que requiere la aprobación

o autorización administrativa, por lo que se podrá practicar la inscripción solicitada con las reservas dichas; pero no es aplicable al caso de adquisición de los indicados derechos por súbditos de una nación extranjera, salvo el de comunidad visto, pues en este supuesto la Administración no puede prestar su autorización o aprobación nunca, ya que la ley lo prohíbe. En este último caso, el Registrador deberá denegar la inscripción, al amparo del último apartado del artículo 98 citado, que determina que cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito que preceptúe, con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción, deberá denegarse esta última.

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor Adjunto de Derecho Civil

DICTAMENES



DICTAMEN

referente a la naturaleza jurídica de un arrendamiento de bodega con maquinaria y a cuestiones de subarriendo y plazo

ANTECEDENTES

1. Se dan por reproducidos y conocidos los contratos de arrendamiento otorgados en sendos documentos privados. En ambos es arrendador XXX, y arrendataria la Sociedad Anónima SA, con actividades en el comercio de vinos.

El objeto del arrendamiento en ambos contratos es la bodega de elaboración de vinos sita en la ciudad de X, con una cabida de 20.000 hectolitros.

2. Es interesante tener en cuenta los siguientes extremos:

A. El primer contrato de arrendamiento se pactó por un año: del 30 de septiembre de 1971 al 30 de agosto de 1972; el segundo se convino por cinco años: desde el 1 de septiembre de 1972 al 31 de agosto de 1977. En la cláusula *h)* de éste se lee: «La bodega que se arrienda por el presente documento, se encuentra en la actualidad arrendada a la misma firma arrendataria hasta el 31 de agosto próximo; por tal motivo, el presente contrato es continuación del anterior.»

B. En la cláusula *b)* del primero se convino: «La bodega se entrega con los útiles precisos para la elaboración, y aparte de este contrato, se hará un inventario, que se unirá a este documento, firmado por ambas partes, con detalle de los enseres, mangueras, bombas y, en general, de todo cuanto se entrega y que es preciso para la elaboración y movimiento de vinos y sus residuos.»

La cláusula *b)* del segundo contrato contiene el mismo pacto.

Se practicó el inventario y se entregaron a la sociedad arrendataria todos los enseres, mangueras, bombas, etc., necesarios para la elaboración y movimiento del vino.

C. En la cláusula *e)* del primer contrato se estableció: «Los gastos de puesta en marcha, electricidad en fuerza motriz y alumbrado, así como seguros sociales y de accidentes, son por cuenta de los arrendatarios, desde esta fecha hasta la del vencimiento del contrato el 30 de agosto de 1972.»

Este pacto se repitió en el segundo contrato (cláusula *d)*), con la natural diferencia de fechas, es decir, diciendo que serían por cuenta de los arrendatarios «desde esta fecha hasta la del vencimiento del contrato el 31 de agosto de 1977».

En la cláusula o condición *f)* del segundo contrato se expuso: «Igualmente, el arrendador reparará anualmente la maquinaria, a la terminación de cada campaña de elaboración, con el fin que esté en perfecto estado de funcionamiento para la siguiente.» En la *g)*: «Igualmente, el arrendador iniciará una revisión de la instalación eléctrica, tanto en lo concerniente a fuerza motriz como alumbrado, acondicionándola en forma reglamentaria.»

La cláusula *j)* del mismo segundo contrato dice: «Todos aquellos impuestos nacionales, provinciales y locales que correspondan a la actividad industrial serán de cuenta del arrendatario, y los de igual ámbito que sean sobre la finca urbana, por cuenta del arrendador.»

3. La sociedad arrendataria se dedica, entre otras actividades, a la elaboración y comercio de vinos.

Se pregunta:

1. Si se trata de un arrendamiento de local de negocio, previsto en el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos (que en lo sucesivo denominaremos LAU), o le corresponde la calificación de arrendamiento de industria, al que se refiere el artículo 3.º de la misma ley, para excluirlo de ella.

2. Qué consecuencias tiene la calificación a la que se llegue, en relación con el subarriendo y con el plazo pactado, en orden a su posible prórroga legal o forzosa.

Consideraciones jurídicas

Primera.—Para llegar a conclusiones fundadas debemos sentar las siguientes premisas:

A. El artículo 1.º de la LAU dice: «1. El arrendamiento que regula esta ley es el de fincas urbanas, y comprende el de viviendas o inquilinato y el de locales de negocio, refiriéndose esta última denominación a los contratos de arriendo que recaigan sobre aquellas otras edificaciones habitables cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse en ellas, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo...»

B) El artículo 3.º dispone: «1. El arrendamiento de industria o negocio, de la clase que fuere, queda excluido de esta ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas...»

C. La redacción imprecisa de ambos preceptos ha dado lugar a numerosísimas dudas, cuestiones y pleitos. Señalar la línea divisoria entre el arrendamiento de *local de negocio* y el arrendamiento de *industria o negocio* es la cuestión batallona de la LAU, según comentario de un prestigioso autor, y buena prueba de ello son las numerosas sentencias del Tribunal Supremo recaídas sobre tal cuestión.

Sin embargo, hoy, precisamente por tener tan abundante jurisprudencia, podemos llegar a conclusiones bastante claras. Son:

a) Que el concepto de industria o negocio, a efectos del precepto que comentamos, tiene autonomía y, digamos, contornos propios.

b) Que no se identifica con el concepto de empresa, ni con el de industria a efectos fiscales, ni con el de fábrica, ni con el de establecimiento mercantil.

(Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1955, 13 de enero de 1953, 14 de octubre de 1952, 4 de febrero de 1953, 25 de junio de 1951.)

c) Es necesaria la preexistencia y continuación de la explotación industrial, pero no que en el momento de la perfección del contrato de arrendamiento la industria se halle en funcionamiento o actividad (sen-

tencias de 17 de marzo de 1970, 14 de marzo de 1961, 30 de enero de 1956).

d) ¿Cuáles son las características, los elementos, de la industria o negocio a que se refiere el artículo 3.º? ¿No es necesaria la existencia de algún elemento espiritual-comercial vigente al perfeccionarse el contrato?

Como dice el comentarista FUENTES LOJO, lo esencial para calificar un arrendamiento como de industria estará en que la intención de las partes haya sido ceder no un local desnudo, ni tampoco un local con instalaciones, cualquiera que fuere su importancia, para que el arrendatario establezca su propio negocio o industria, sino un todo organizado, una unidad patrimonial, del que formen parte aquel local, esas instalaciones y tal organización. No importa, sigue diciendo el citado comentarista, que la industria estuviere en explotación al celebrarse el contrato, ni que la hubiere creado el arrendador, ni que los elementos que la componen sean suficientes para que pueda seguir viviendo.

Uno de los conceptos más claros del repetido arrendamiento de negocio o industria lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1963: «El objeto del arrendamiento de industria es un complejo o universalidad de elementos materiales conectados y adecuados entre sí por su estructura y disposición destinada a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente.»

En el mismo sentido, la sentencia de 17 de marzo de 1970, que dice: «El arrendamiento lo es de industria o negocio cuando en el contrato, además de un local, se comprende y entrega una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio en el mismo de una determinada actividad industrial, aunque se halle inactiva y pendiente de que el arrendatario lo ponga en funcionamiento con los elementos recibidos del arrendador, sin que la sustitución o adición de algunos, por razón de comodidad, conveniencia o deseo de mejoramiento del arrendatario modifique la concepción jurídica del contrato.»

e) Por último, dejemos constancia de que respecto a bodegas, concretamente a arrendamiento de bodegas, existe una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 1953, en la cual el contrato se califica y estima como de *local* de negocio. Pero a tal decisión se llega después de analizar los antecedentes que ponen de manifiesto ser sólo los locales lo que pertenecía al arrendador. Los muebles, maquinaria, etc., eran de propiedad del arrendatario. Se trata de un caso singular en que los contratantes fueron consocios de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, la cual fue dueña, antes de su liquidación, del inmueble, negocio, enseres, maquinaria, etc.

También conocemos una sentencia de la Audiencia Territorial de

Cáceres de 8 de abril de 1959. La doctrina que contiene es que tratándose del arrendamiento de una bodega con maquinaria apta para la industria de elaboración de vinos, la calificación es de arrendamiento de *negocio* o *industria*. Existe unidad patrimonial.

Segunda.—Tenemos a la vista dictamen de un distinguido compañero recaído sobre la misma cuestión que es objeto de éste. En él se califica de arrendamiento de *local de negocio* el contrato que estudiamos. Dice: «Leído con detenimiento el contrato de arrendamiento resulta que no lo es de industria, *sino de local de negocio*. Abona tal criterio: 1.º El hecho de que en la cláusula *h*) se haga constar que la bodega en la actualidad —se refiere a cuando el contrato examinado se otorgó—está arrendada a la misma firma arrendataria. 2.º La cláusula *d*), según la cual ‘los gastos de puesta en marcha, electricidad en fuerza motriz y alumbrado, así como seguros sociales y de accidentes, son por cuenta de los arrendatarios’. ‘No obsta a la calificación de arrendamiento de local de negocio—sigue diciendo el dictamen—el hecho de que junto con el inmueble se entregaran al arrendatario la maquinaria, utensilios y la instalación industrial misma. Así lo prevé de forma expresa el artículo 3.º (apartado 2.º) de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.’ Para que el arriendo pudiera catalogarse de industria o negocio, sería preciso que se hubiera arrendado la industria o negocio además del local, cosa que no ha sucedido, cual se desprende del contrato mismo.»

Disentimos de tal opinión.

El segundo contrato de arrendamiento es una continuación del primero (así se hizo constar), de análogo contenido. El hecho de que cuando se concertó dicho segundo contrato la bodega estuviera arrendada ya a la misma firma, no influye en la calificación del primero ni en la de los dos en conjunto.

Tampoco obsta a la estimación de arrendamiento de negocio o industria el pacto copiado de la cláusula *d*), *ni es necesario que se arriende un negocio o industria propiamente dichos*, según queda expuesto y sentido por la jurisprudencia antes detallada.

El apartado 2.º del artículo 3.º no lo estimamos aplicables al arrendamiento que estudiamos por una razón clara: Es que para que entre en juego se requiere que el arrendamiento no lo fuere de industria o negocio, conforme al párrafo 1.º del mismo artículo 3.º, y ya se ve que estamos llegando a la conclusión que sí es arrendamiento de industria o negocio.

Los más prestigiosos comentaristas (véase, por ejemplo, CASTÁN y CALVILLO en *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*) llegan a la conclusión, después de detenido examen de la jurisprudencia, de que para que sea tenido en cuenta ese apartado 2.º se necesita que los muebles,

enseres y utensilios arrendados con el local, aunque sean muy importantes, no formen unidad patrimonial, no tengan vida propia en relación con todo lo arrendado, susceptible de ser inmediatamente explotada esa unidad o pendiente para serlo sólo de formalidades administrativas. Cuando los muebles, enseres, utensilios, maquinaria, etc., arrendados con el local sean elementos desarticulados, inertes, inconexos, no coordinados (en terminología de la jurisprudencia), estaremos ante la aplicación del párrafo 2.º Pero tales circunstancias o situación no se da en nuestro caso.

(Puede consultarse, entre otras, la sentencia de 13 de noviembre de 1963.)

Conclusión

Por todo ello concluimos y dictaminamos que los contratos referidos constituyen UN ARRENDAMIENTO DE NEGOCIO O INDUSTRIA igual a los recogidos y contemplados en el artículo 3.º de la LAU. Según este precepto, se regirán por lo pactado y dispuesto en la legislación civil, común o foral.

Consecuencias de la anterior conclusión en cuanto al subarriendo

Como el arrendamiento objeto de este dictamen está regido por la legislación civil común, le son aplicables los artículos 1.550 a 1.553 del Código civil.

Según el artículo 1.550, «cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador».

Como en los contratos calendados no se ha prohibido el subarriendo expresamente, parece evidente que la Sociedad arrendataria ha podido subarrendar sin consentimiento del arrendador, señor XXX.

Explica BONET (*Código civil comentado*) que las relaciones entre el arrendador (en este caso, señor XXX) y el arrendatario-subarrendador (en este caso, la Sociedad) son las derivadas del contrato de arrendamiento, que no sufre alteración con el subarriendo (art. 1.551 del Código civil), por lo que el subarrendador ha de responder ante el arrendador de sus actos y, además, de los del subarrendatario.

Efectos del plazo convenido en el arrendamiento de industria o negocio

El artículo 1.565 del Código civil dispone que «si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento».

Luego el arrendamiento que nos ocupa termina el día 31 de agosto de 1977 sin necesidad de requerimiento. No existe prórroga legal ni forzosa de clase alguna.

Si el arrendatario no dejase libre ese día lo arrendado procedería la acción de desahucio (sentencia de 18 de mayo de 1970, entre otras).

Ahora bien, ha de procurar el arrendador que llegado ese día de la terminación del contrato, no permanezca el arrendatario o subarrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada sin protesta o reclamación de la parte arrendadora. Si tal sucediese podría estimarse que existe tácita reconducción (art. 1.566 del Código civil) y que el arrendamiento quedaba prorrogado por un año (art. 1.581 del mismo Código).

Tal es el dictamen del Letrado que suscribe, que somete gustosamente a otro mejor fundado.

B. MENCHÉN

JURISPRUDENCIA



Comentarios

FULANO CONTRA ZUTANO

Un breve comentario sobre la citación jurisprudencial

Es práctica general en la jurisprudencial anglosajona que las sentencias de los Tribunales se refieren por la designación *nominatim* de los contendientes. Aparentemente, el método resulta eficaz, señalándose entre sus ventajas que resulta mucho más llamativo—por lo que de más fácil recuerdo—citar una sentencia por la denominación de las partes envueltas en el caso, que por una fecha que nada dice. La afirmación puede ser cierta, sobre todo en un medio social en que los apellidos sean ampliamente variados; aunque perderá eficacia allí donde los García, Pérez y Rodríguez formen legión. Sin embargo, parece que en esta forma de designación se hallan envueltos problemas de diversa naturaleza y dotados de mayor trascendencia.

En España, desde hace pocos años, han surgido personas que llevadas, indudablemente, por un afán de renovación, han patrocinado modificar el método de designación. Ese magnífico joven que es DfEZ PICAZO (1) ha podido publicar dos excelentes volúmenes, en que se recoge el nuevo modo. Y si la memoria no me es infiel, paréceme recordar que incluso en una revista jurídica española se ha iniciado la publicación de las relaciones jurisprudenciales mediante la alusión directa de las partes. Puede parecer normal que cambiando—aunque muy lentamente—las situaciones económicas (que con el tiempo pueden hasta cambiar las estructuras de igual carácter), debamos adaptarnos a los cambios inherentes y subsiguientes. Sin embargo, puede parecer mejor una actitud reflexiva que, con conciencia de los problemas que el cambio implica, pueda avanzar los beneficios del mismo obviando algunos de sus inconvenientes.

Cuál sea el origen de esta práctica citatoria, lo ignoro. Si creo que puede afirmarse que en la mentalidad calvinista de dictadura grupal encaja perfectamente bien saber quién o quiénes dentro de la sociedad se atreven a dar el paso de pleitear (al fin y al cabo, modo individualizado de «hacer la guerra»), y, sin duda, una buena estadística de pleitos dará como resultado un conocimiento preciso de quiénes dentro del grupo no se comportan tan pacíficamente como el estereotipo estima deseable. Naturalmente, no sólo los calvinistas pueden patrocinar estos métodos de control (¿leve?) social, sino que también en el orbe católico la implantación de modos económicos ajenos ha de llevar, correlativamente, al establecimiento de los instrumentos correspondientes al modo económico, siendo la influencia eficaz como un todo. Y no se diga que las sociedades cató-

(1) *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I y II, Madrid, 1973, Ed. Tecnos

licas no pretenden el control social, porque la experiencia es, si cabe, más triste que en los grupos calvinistas.

Ciertamente, el método de cita personal en sí mismo es incoloro. Como Duguesclín, ni quita ni pone, pero indudablemente puede ayudar bastante, y no precisamente del mejor modo ni a quienes más puedan necesitarlo.

Hace unos cuantos años, y no muchos, se dio un hecho en el Estado de California—el más liberal de todos los de la Unión, y con mucha delantera sobre el que le sigue—que explica mi preocupación. El señor X, fiel a las pautas de comportamiento del buen ciudadano USA, estuvo solicitando préstamos en una serie de Bancos para aplicarlos a fines muy legítimos, y estuvo solicitando préstamos en más de un Banco debido a que, extrañamente, no obtenía en ninguno atención positiva a su petición. Siendo una persona que siempre había atendido fielmente sus obligaciones dinerarias (régimen del crédito en Norteamérica), estando bien considerado en su comunidad (requisito más o menos operante, según sitios) y, en suma, siendo poseedor de un *record* excelente, el señor X no alcanzaba a comprender por qué los Bancos rechazaban sus peticiones. Para su suerte, el señor X era, si no recuerdo mal, Fiscal General del Estado, lo que, evidentemente, le dotaba de unos medios de investigación que no están al alcance de cualquiera. Vaya por delante la advertencia que en el mundo norteamericano se puede ser Fiscal General y ser muy poco conocido por la gente. Y el señor X puso aquellos medios en marcha, pudiendo, finalmente, conocer por qué no prosperaban sus solicitudes.

En la práctica de muchos Estados de la Unión, cuando el poder del Estado se pone en marcha contra los delinquentes o, en general, el Estado pleitea, la personación en juicio la hace el funcionario al cargo de la oficina correspondiente, y viceversa, cuando se demanda al Estado, la demanda se interpone contra los funcionarios al cargo del ramo pertinente. En este caso, el señor X tenía un hermosísimo historial, en el que constaba que demandaba una y otra vez a medio mundo.

En el sistema norteamericano existen unas, hermosísimas también, sociedades cuya función consiste en suplir toda la información que uno quiera sobre cualquier cosa. Estas sociedades o Bancos de información consiguen sus datos mediante el sencillo procedimiento de intercambiar sus archivos, pedir a cualquier entidad las fichas personales que pueda tener, etc. Así, es claro, se obtiene un cúmulo de información que por no estar depurada sirve para muy poco. Pero uno de los fines para que sirve es saber si Fulano o Mengano gustan o no de pleitos, y si gustan es evidente que en su «comunidad» no deben ser estimados, etc.

Al señor X pudieron ficharle tan cariñosamente en función de que la relación anual de las sentencias publicadas contenía su nombre con generosa frecuencia, y con igual generosa frecuencia la entidad encargada de aumentar su Banco de información (?) añadía en su ficha personal otro pleitecito más.

Creo recordar que el cuento terminó poniendo el señor X una colosal demanda a la entidad suplidora de información a los Bancos, que, debidamente rebajada por el Tribunal correspondiente, le permitió embolsarse una sustanciosa suma de dólares de los de antes de la devaluación.

El caso del señor X no parece ser único. Por el contrario, en los Estados Unidos existe un movimiento muy fuerte y serio (que ha debido ser reforzado, obviamente, por las actividades—y su publicidad—que, también para formar sus propios Bancos de información, venía desempeñando, al parecer, la CIA, bajo directo aliento del señor Nixon), cuya finalidad última es o controlar adecuadamente los Bancos de información para que den; en efecto, información absolutamente fidedigna o, todavía mejor, al amparo del derecho de *privacy* (intimidad), impedir totalmente que se provea información particular. Y a medio plazo tiene más posibilidades

la prohibición absoluta, que las medias tintas, pues hasta ahora, para evitar los inconvenientes que pudieran surgir con la transmisión de información, los particulares, allí donde fuesen a cumplimentar un papelito, hallaban siempre—y siguen hallando—un dichoso parrafito que les reclama autorización para que la entidad de que se trate use de los datos proporcionados y pueda solicitar, a su vez, información adicional, etc. Y como quien solicita un préstamo es porque necesita dinero, quien busca trabajo es porque le urge el puesto, en tales situaciones nadie opone reparos a la «autorización», impelido por necesidades más perentorias. La legalidad se apunta otro tanto, y la legitimidad pierde de manera correspondiente. Ante esto, las medidas de rigor parecen ser las menos inadecuadas.

Hasta ahora puedo concluir, pues, poniendo de relieve un inconveniente potencialmente grave derivado del método de referencia jurisprudencial por recurso a la expresión nominativa de las partes: el mal uso que puede hacerse con la información así proporcionada.

Hay, además, otros aspectos que inducen a restringir el sistema así concebido, que son de mayor relieve. Aspectos todos que modernamente se subsumen en un derecho cada vez más importante: el derecho a la intimidad, hoy tan de moda (por algo será) y prostituido: desde los pretendidos *tests*, tan difundidos por una pseudopsicología aplicada, que interviene en el mundo del trabajo con los mismos fines que un bandido, pero rodeada de una aureola de cientificismo que todo lo supera, hasta los medios de manipulación masivos, todo coadyuva a dejar la intimidad reducida a su mínima expresión (2).

Desde el punto de vista de la defensa del derecho a la intimidad, ¿tienen especiales efectos la cita personal de la jurisprudencia? Personalmente, considero que sí. No solamente por el mal uso que pueda darse a una información así proporcionada a cualquiera, sino porque estimo que la referencia de las sentencias por el nombre de las partes excede a los fines perseguidos y perjudica la intimidad. Me explico.

Inicialmente, y he de reiterarme, puede considerarse excesiva la crítica del método publicitario «Fulano contra Zutano». Se dirá, con razón aparente, que la sentencia es pública, y que su uso también lo es. El planteamiento, sin embargo, me parece falso. La sentencia puede ser un documento público susceptible de darse a la publicidad; pero el uso de sus partes determinadas no es público, y menos lo es todavía usar del nombre ajeno sin debido consentimiento del o de los interesados. Destacadamente en nuestro sistema procesal, en el que quien comparece en autos es el Procurador debidamente autorizado (art. 3, LEC), si no siempre, sí casi siempre (art. 4, LEC), no resulta correspondiente citar la sentencia con relación a las partes directamente interesadas. Si de lo que se trata es de facilitar el recuerdo, tan Giménez puede ser el cliente como el Procurador. ¿Por qué no, pues, usar la cita con relación al nombre de éstos? Claro es que Procuradores hay pocos y que llegado el momento, la facilidad de recuerdo quedaría disminuida; pero ésta es una consideración

(2) No guarda relación con el tema central que aquí planteo, pero sí con la intimidad de la persona. Da la impresión de que las coincidencias surgen con gran facilidad escribiendo estas páginas, debo interrumpir su redacción para atender una llamada telefónica, en la que una simpática voz de una gentil señora me alienta a comprar un maravilloso pedazo de tierra en un sitio denominado «No sé cuántos memorial» (enterrarse en inglés es más elegante que en castellano, y se justifica una factura más elevada), porque puedo morir en cualquier momento. Ciertamente me temo que a la empresa patrocinadora de la gestión telefónica le importa poco que muera o que viva (preferirá que viva, al menos, hasta que haya amortizado la compra, pues el terreno, religiosamente vendido a precio aplazado, está para eso), y, desde luego, la empresa no conoce, o no quiere conocer, que es el derecho a la intimidad; ni, lo que es más grave, parece recordar el pensamiento de ILLICH acerca de la comercialización de la salud y de la muerte mediante lo que el profesor de Cuernavaca llama «némesis médica» no solamente no puede uno escribir tranquilamente sobre la intimidad personal, sino que tampoco puede uno morir cuando llegue el momento sin que la actividad mercantil intervenga para manipular el cadáver. Como síntoma, el dato es rico.

cuantitativamente relativa: la pautaación típica de los actos en las sociedades modernas se estructura de modo tal, que también podemos observar una reducción de partes pleiteantes: son tan pocos los que «tienen la sartén por el mango», que los pleitos se van concentrando exclusivamente entre ellos mismos, ya que el consumidor o actúa por medio de asociaciones o no puede actuar.

Lo importante, sin embargo, es que frente a la facilidad de recuerdo se erige el respeto al derecho ajeno, que en este caso se define como inherente a la personalidad (3). Y, además, mejor para recordar es una breve referencia al caso, cuya consignación puede ocupar el mismo espacio que el dichoso «Fulano contra Zutano».

Yo aplaudo fervorosamente toda la obra de Díez PíCAZO, y estas páginas no pretender ser absolutamente una crítica, ni tan siquiera leve, de sus esfuerzos en pro de la innovación. Mi inspiración queda limitada a fomentar el cambio, sí; pero si conocemos algunas de sus consecuencias nefastas evitémoslas. No creamos que el cambio impone de modo total aspectos negativos. Si el cambio es planificado, racional, pensado y querido, podemos cambiar a mejor sin pasar por lo malo. Cree mi excelente amigo que la técnica de la cita personal es o responde a la realidad: «Cada sentencia es, ante todo, un litigio que no puede recordarse sólo en una vacua fecha. Recordarla con el nombre de los litigantes es aproximarla a la realidad y acentuar lo que en ella hubo de situación conflictiva» (4). Estas palabras son ciertas; pero no debe olvidarse la serie de efectos secundarios—y no por ello menos importantes—que un determinado tratamiento de la realidad puede provocar. En un momento en que la concentración de poder económico es impensable, en un momento en que otra vez el poder económico y el poder político inician nuevo matrimonio, merece la pena dotar a la persona de todos los medios de defensa posibles ante un porvenir que no es precisamente muy favorable para ella.

En cualquier caso, estimo que puede ser interesante dar pensamiento al asunto. Yo me limito a apuntarlo, al menos por el momento, con el deseo de contrastar otras opiniones.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

(3) Cfr. CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, trad. Zorrilla, I, vol. 1.º, Barcelona, 1960, págs. 313 y siguientes.

(4) Díez-PÍCAZO, *op cit.*, I, pág. 12

Resoluciones y sentencias

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

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

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

14. PRINCIPIO DE ROGACION.—SI SE CONTIENE EN EL DOCUMENTO PRESENTADO LA PETICIÓN EXPRESA DE UN ASIENTO CONCRETO EN DETERMINADAS CONDICIONES, Y LA INSCRIPCIÓN SE PRACTICA EN FORMA DIFERENTE A LA SOLICITADA, DEBERÁ OBTENERSE PREVIAMENTE LA CONFORMIDAD DE LOS INTERESADOS A ESA VARIACIÓN Y HACERSE CONSTAR ESTA CIRCUNSTANCIA EN EL ASIENTO CORRESPONDIENTE.

DOCUMENTOS PUBLICOS.—LAS SEGUNDAS FOTOCOPIAS, EN LAS QUE NO SE HA HECHO CONSTAR POR EL NOTARIO DILIGENCIA ALGUNA DE FIDELIDAD, CARECEN DE LA EFICACIA LEGALMENTE RECONOCIDA AL DOCUMENTO PÚBLICO.

PRUEBA DEL CARACTER PARAFERNAL DE LOS BIENES: CUANDO NO SE PRUEBA DE FORMA INNEGABLE ANTE EL REGISTRADOR EL ORIGEN PRIVATIVO DEL PRECIO DE ADQUISICIÓN DE UN INMUEBLE POR MUJER CASADA, NO PUEDE REALIZARSE SU INSCRIPCIÓN COMO BIEN PARAFERNAL DE LA COMPRADORA, AUNQUE LO ASEVERE ASÍ EL ESPOSO Y SE SOLICITE EXPRESAMENTE LA PRÁCTICA DEL ASIENTO EN ESOS TÉRMINOS, SINO EN LA FORMA QUE ESTABLECE LA REGLA 2.^a DEL ARTÍCULO 95 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

RECURSO GUBERNATIVO. LEGITIMACION ACTIVA.—
ESTÁ LEGITIMADO PARA INTERPONER EL RECURSO EL NOTARIO AUTORIZANTE DE LA ESCRITURA CUANDO, AUN HABIENDO SIDO ÉSTA INSCRITA, SE HA PRACTICADO LA INSCRIPCIÓN EN FORMA DISTINTA A LA SOLICITADA EXPRESAMENTE EN EL DOCUMENTO.

Resolución de 19 de junio de 1975 (B. O. del E. de 30 de julio).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura autorizada por el Notario don Luis Solano Aza el 2 de noviembre de 1973, señalada con el número 4.761 del protocolo general, don Andrés Amado Súnico vendió a doña Blanca García González, asistida de su esposo, don Amalio Gimeno Linares, conde de Gimeno, una finca sita en el barrio de Sayanes, parroquia de San Miguel de Oya, del municipio de Vigo, denominada «Corbeira», cuya extensión y linderos se consignan en tal instrumento, y en el que, entre otras cláusulas, se establece que el precio de la compraventa, según manifiestan los otorgantes, es el de 95.000 pesetas; que el vendedor confiesa tener recibida dicha suma antes de este acto de la compradora, por lo que formaliza a su favor la correspondiente carta de pago, y la adquirente manifiesta, y su esposo lo confirma, que el dinero precio de la compraventa es de su privativa propiedad, procedente de la venta de nueve acciones del Banco Hispano Americano, dieciséis del Banco Español de Crédito, nueve de «López Quesada» y tres de «Iberduero»; que a la primera copia de esta escritura se acompañará justificante de la fecha de su matrimonio, pólizas de operaciones al contado de fecha anterior a su matrimonio, comprensivas de las expresadas acciones, y orden de venta y comunicación del Banco Comercial Trasatlántico de que se ha abonado el importe de la venta de las referidas acciones; y que doña Blanca García González solicita del señor Registrador de la Propiedad la inscripción de dicha compraventa con carácter parafernial.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento a favor de doña Blanca García González, en el tomo 135 de Vigo, sección 3.ª, folio 64 vuelto, finca 16.281, inscripción segunda, sin que este asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de la finca, según dispone la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. No se inscribió con carácter parafernial, a pesar de haberse así solicitado, porque los documentos que se acompañan, aparte de no ser auténticos, no justifican que el dinero procedente de las operaciones a que se refiere sea precisamente el invertido en esta compraventa.»

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación por el Notario autorizante de la escritura, el Presidente de la Audiencia, sin entrar en el fondo de la cuestión, apreció falta de personalidad en el Notario recurrente, en base al artículo 112, 3.º, del Reglamento Hipotecario, que no puede interpretarse con tal amplitud, ya que la acción impugnatoria comprende exclusivamente aquellos actos registrales en que se suspenda o deniegue la inscripción del instrumento notarial, pero no cuando surta los efectos jurídicos que le son propios. La Dirección General acordó reconocer personalidad al Notario recurrente y devolver el expediente al Presidente de la Audiencia para la resolución del recurso gubernativo planteado, en base a que aun atendidas las acertadas razones del auto presidencial, por las que no debiera examinarse este recurso dado que la escritura calificada ha sido inscrita, el especial planteamiento con que el mismo se ha suscitado por el funcionario calificador al no haber tenido acceso a los libros registrales la cláusula discutida con el carácter

solicitado, según expresa la nota de calificación, y dado que el artículo 112, 3.º, del Reglamento Hipotecario vigente—a diferencia de lo que acontecía antes de la reforma de 1947—concede al Notario autorizante de la escritura el poder promover «en todo caso» el recurso gubernativo, es forzoso concluir que habrá que reconocerle personalidad para poder interponerlo.

El Presidente de la Audiencia, entonces, confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, declarando que no ha habido conculcación del principio de rogación, ya que, como afirma el Registrador, el presentante del documento prestó su conformidad para que se practicase la inscripción según la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, ni tampoco se han infringido las disposiciones de los artículos 19 y 65 de la Ley Hipotecaria, que se refieren a supuestos fácticos distintos del contemplado; y que el funcionario calificador ha hecho uso adecuado de las facultades discrecionales que le confieren las reglas 2.ª y 3.ª del artículo 95 citado para dar por probado el carácter parafernial o privativo del precio de la venta. Y la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado y la nota del Registrador basándose en los siguientes considerandos (1):

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Que antes de dilucidar el fondo del presente recurso conviene entrar en el examen de una cuestión que relacionada con el mismo se ha planteado por el Notario en su informe, y que hace referencia a la posible vulneración por parte del Registrador del principio de rogación, al no corresponder la inscripción practicada con la petición contenida en la cláusula 3.ª de la escritura calificada.

Que el carácter rogado que tiene la actuación registral no es más que una consecuencia de la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho, y de ahí que este Centro Directivo haya declarado reiteradamente que no se puede practicar en el Registro ningún asiento—salvo casos excepcionales—sin que haya sido solicitado expresamente por los interesados, que lo serán las personas enumeradas en el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, y mediante la presentación de los documentos que sean pertinentes al caso concreto.

Que la representación a que alude el párrafo d) del mencionado artículo 6.º de la Ley se encuentra sumamente facilitada en nuestra legislación hipotecaria, ya que la existencia del poder, según el artículo 39 del Reglamento, queda justificada por la sola presentación de los documentos en el Registro por la persona que solicite la inscripción, quien, como tal mandatario, estará facultado para intervenir en las incidencias que puedan producirse; pero si la petición de un asiento concreto, y bajo determinadas circunstancias, se contiene expresamente en el propio documento presentado, y los términos de la inscripción van a ser diferentes del solicitado, deberá extremarse el cuidado tanto por parte del presentante del título, que deberá asegurarse de la aquiescencia de los interesados a la variación a introducir, como por parte del funcionario calificador, que en buena técnica hipotecaria, y una vez obtenido aquel consentimiento—al igual que en otros casos, v. gr., artículo 434 del Reglamento Hipotecario—, debería hacer constar esta circunstancia en el asiento correspondiente, y de esta forma se evitaría que pudiera practicarse un asiento no querido por los interesados, que al estar bajo la salvaguardia de los Tribunales ha de producir, según el artículo 1.º de la ley, todos los efectos legales.

Que aun cuando este Centro Directivo tiene reiteradamente declarado

(1) Vistos los artículos 1.216 a 1.224 y 1.407 del Código civil; 6 y 19 de la Ley Hipotecaria, 39, 95, 433 y 434 del Reglamento para su ejecución; las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951, 11 de marzo y 13 de mayo de 1965, y las Resoluciones de este Centro de 13 de septiembre de 1926, 22 de diciembre de 1933 y 11 de marzo de 1957.

que, por regla general, no cabe el recurso gubernativo en los supuestos en que se ha realizado la inscripción del documento, la singular especialidad que ha concurrido en este caso, unido al hecho de que si no se examina ahora el fondo de la cuestión y se da por finalizado el expediente, podría replantearse de nuevo el recurso y en forma idéntica al actual, mediante la solicitud de extensión de la nota marginal a que hace referencia el último párrafo del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, por lo que se conculcarían los principios de celeridad y economía procesal que han de presidir toda actuación administrativa, circunstancias éstas que movieron a este Centro a reconocer la personalidad del Notario recurrente, y que obligan ahora a examinar los problemas de fondo debatidos.

Que el Notario podrá testimoniar, de acuerdo con el artículo 251, 3.º, del Reglamento Notarial, al pie o al dorso de fotografías, que éstas corresponden a personas o cosas identificadas por el propio fedatario, y estos testimonios, en los que habrán de observarse las reglas dadas para las copias, tendrán el mismo valor que éstas, por lo que fácilmente se advierte que, al no reunir los documentos discutidos los anteriores requisitos, por tratarse de unas segundas fotocopias en las que no se ha hecho constar por el Notario diligencia alguna de fidelidad—e incluso en alguno de ellos no aparece esta diligencia ni aun fotocopiada—, hay que concluir que carecen de la eficacia reconocida al documento público debidamente extendido en los artículos 1.216 y siguientes del Código civil y concordantes del Reglamento Notarial.

Que al examinar la última de las cuestiones planteadas, se hace preciso recordar la reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, que ha puesto de relieve las dificultades en que se encuentra el Registrador para apreciar las pruebas contra la presunción legal establecida en el artículo 1.407 del Código civil, en los supuestos en que el precio de adquisición sea de la exclusiva propiedad de la mujer, y el distinto plano en que se encuentra el funcionario calificador respecto de Jueces y Tribunales, en donde, a través del juicio contradictorio con su fase de prueba, se cuenta con una serie de elementos de los que carece el Registrador al ejercer su función, y por eso el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al tratar de resolver los problemas que puedan plantearse en esta materia, distingue entre aquellos bienes que tienen un carácter ganancial, aquellos otros en los que claramente aparece justificado que el precio es de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente, y una situación intermedia en la que sólo aparece la aseveración de ese carácter hecha por uno de los cónyuges respecto del precio de la adquisición hecha por el otro, en donde no se prejuzga la naturaleza del bien inscrito.

Que en el caso debatido, aparte la falta de autenticidad de los documentos complementarios presentados, éstos no probarían de forma innegable el origen privativo del precio de adquisición del inmueble por parte de la mujer, por lo que no podría realizarse su inscripción en la forma solicitada, sino únicamente en la que ha tenido lugar a través de la calificación hecha por el titular del Registro.

C) COMENTARIO.—Dos son los problemas fundamentales que se plantean en el presente recurso. De una parte, la posible violación del principio de rogación registral por el hecho de extenderse el asiento de inscripción en forma distinta a la solicitada expresamente en el documento presentado. De otra, la forma de acreditar el carácter parafernál del dinero con el cual se compra un bien inmueble por mujer casada.

1. La actuación del Registrador, al calificar los documentos presentados y dotarlos de publicidad mediante la formalización del asiento correspondiente, o denegar o suspender la inscripción en su caso, se inicia a instancia de parte interesada. El procedimiento registral es un

procedimiento rogado. La petición del presentante actúa como requisito previo para que la actividad registral se ponga en marcha. Los muy pocos casos que pudieran reputarse como excepciones a ese criterio no desvirtúan, ni por su número ni por su forma de actuación, la eficacia de aquel principio general (2). Existe un principio de rogación registral, vigente en nuestro sistema, tradicionalmente reconocido así por los autores y por numerosas decisiones jurisprudenciales, que se formula como un auténtico principio hipotecario.

El fundamento de dicha solicitud o rogación se encuentra, según la Resolución que comentamos, en el carácter voluntario que tiene la inscripción registral en nuestro Derecho. Sin perjuicio de reconocer la oportunidad de esta afirmación, permítasenos recordar que, tanto como esa razón de ser, puede reconocerse otra: el hecho de que a través de la publicidad registral se protegen—principalmente, aunque no de forma exclusiva—derechos e intereses privados, cuya defensa se deja en manos de sus titulares o personas afectadas por ellos. De ahí el carácter dispositivo del procedimiento registral. Por cuanto, también en los casos de inscripción obligatoria o no voluntaria, entra en juego esa previa solicitud de inscripción. El carácter numéricamente reducido o excepcional de estos supuestos no excluye su posibilidad real, ni el argumento así deducido.

El primero de los problemas apuntados en el presente recurso se refiere a un supuesto de aplicación de ese principio de rogación. En la escritura de compra por mujer casada de una finca, se contienen los siguientes datos: la afirmación por la compradora de que el precio se satisface con dinero propio o parafernial, procedente de la venta de acciones anterior a la fecha de su matrimonio; la aseveración hecha por el marido confirmando esa declaración; y la solicitud expresa de que la finca así comprada se inscriba a nombre de dicha señora con carácter parafernial. Es precisamente esta solicitud de inscripción en determinadas condiciones, y la actitud del Registrador de no inscribir en la forma pedida, por estimar no suficientemente acreditado el carácter parafernial del dinero, lo que motiva la discusión que aquí se plantea en base al presunto incumplimiento del principio de rogación.

Como se recordará, la solicitud de inscripción, necesaria para que pueda llegarse a la práctica del asiento correspondiente, puede ser expresa y tácita. La petición se presume, y basta para que comience el procedimiento registral, cuando se presenta un documento en el Registro; esto, unido a que la legitimación para pedir, y la representación de quien sea interesado, se presume igualmente a favor del presentante (art. 6, *d*), LH, y 39, RH), hacen en la práctica extremadamente fácil el cumplimiento de ese requisito de rogación. Pero dicha solicitud puede llevarse a cabo en forma expresa, bien sea verbalmente, en el acto de la presentación, o bien en forma escrita, dentro de la propia escritura o título presentado o en un documento complementario (instancia, por ejemplo).

A su vez, esta solicitud expresa puede tener un distinto contenido. Y así, por ejemplo, referirse a la mera inscripción del documento, a la inscripción de todas sus cláusulas, a la inscripción de parte del mismo (sólo las estipulaciones 1.ª, 2.ª y 3.ª, pero no la 4.ª), o a que el asiento correspondiente se extienda de una determinada manera o teniendo en cuenta un concreto condicionamiento. Entonces la solicitud de registración apunta a la forma específica de extender el asiento de inscripción; no va en cuanto a sus requisitos formales, que no pueden ser alterados por la voluntad de los particulares, sino en cuanto al propio contenido del asiento. Se pretende entonces que la publicidad registral se proyecte sobre el acto celebrado precisamente así, considerándolo desde un concreto

(2) Sobre la determinación de este principio, su funcionamiento, excepciones, naturaleza y manifestaciones, puede verse nuestro comentario a la Resolución de 17 de septiembre de 1968 en esta Revista, núm. 470, enero-febrero 1969, págs. 153 y sigs.

punto de vista que los interesados prevén, y no de cualquier forma. Soli-
citud en cuanto al contenido que presupone: la calificación positiva del
mismo, determinante de lo que en cada caso deba tener eficacia real,
ya que sólo estas relaciones jurídicas oponibles deben tener acceso al
Registro; y la eficacia jurídica del acto, de acuerdo con el esquema
legal, y la naturaleza del título de adquisición, porque sólo los actos per-
fectos y legalmente válidos son inscribibles con carácter general.

La posibilidad de la solicitud realizada en esos términos, de modo que
se quiera conseguir la inscripción de una determinada manera, no parece
excluida en nuestro sistema legal. Los interesados condicionan la publi-
cidad solicitada a que ésta se realice con un determinado contenido, coin-
cidente, por lo demás, con el negocio realizado. Creemos que esta elec-
ción entra dentro del ámbito normal de la autonomía privada. Por cuanto
pretende la publicidad del negocio en su integridad y con la calificación
que las partes le atribuyen. Y esta petición es consecuencia del juego de
la autonomía que dio base al negocio. Pero, obviamente, esa inicial soli-
citud, cuya posibilidad admitimos, no puede condicionar el que la publi-
cidad se dispense por el Registrador de acuerdo con los esquemas legales,
que no siempre coinciden con las pretensiones de las partes. La califica-
ción del documento y la determinación de su eficacia oponible y de la
forma de extender el asiento debido, son funciones típicamente registra-
les que no pueden quedar sometidas a la voluntad de los particulares.
En la medida en que la voluntariedad de la inscripción está vigente,
éstos podrán acogerse o no a la protección registral. Y en esta volunta-
riedad descansa aquel conjunto de opciones del solicitante. Pero la acti-
vidad del Registrador, como reglada, sólo está sometida a la ley. La
solicitud de inscripción y la formalización del asiento son actividades
distintas y, aunque conexas, responden a criterios diversos.

En relación con el principio de rogación y su posible incumplimiento,
el problema puede plantearse en diversos casos. Entre ellos, principalmen-
te, en los dos siguientes: Cuando presentado un documento en el Registro,
se inscribe sólo parte de su contenido, o se inscribe en forma distinta a lo
solicitado expresamente. Recordemos ambos supuestos por separado:

a) El hecho de que se inscriba un título con exclusión de alguna de
sus cláusulas, o de parte de su contenido dispositivo, es relativamente
frecuente en la práctica. Piénsese, como ejemplo más habitual, en las
escrituras de formalización de préstamos hipotecarios, en que no llegan
a inscribirse algunas estipulaciones o condiciones de las mismas, por
carecer de eficacia real; o en la falta de inscripción, en cualesquiera otros
títulos que llegan al Registro, de pactos meramente obligacionales, de
condicionamientos o estipulaciones modales, etc., por la misma razón.
En tales casos, supuesta la calificación negativa de parte del documento,
v su no inscripción, entra en juego la técnica de la suspensión o denega-
ción de las cláusulas correspondientes.

La cuestión que puede suscitarse entonces es si esta calificación par-
cialmente negativa, y esta manera de actuar por parte del Registrador, no
afectarán a la integridad del negocio, entendiendo éste como un todo.
Así, por ejemplo, si no se inscribe la condición resolutoria pactada en
un contrato de renta vitalicia en caso de incumplimiento del pago de la
renta, o la prohibición de disponer establecida en la transmisión de una
finca a título oneroso, o determinadas obligaciones del deudor hipotecario
que se configuran como determinantes del vencimiento del crédito garan-
tizado, o la reserva conjunta y sucesiva de usufructo a favor de ambos
cónyuges donantes si la finca donada es bien privativo de uno de ellos,
o alguna de las normas que integran los estatutos de una propiedad hori-
zontal, etc. En el caso de que alguna de estas vicisitudes se produzca, ¿no
supondrá todo ello fraccionar, modificar o desfigurar el contenido nor-

mal del negocio como un todo, cuya petición de inscripción global se presume a través de la mera presentación del título?

Supuesta esa dificultad, que implica una discordancia o desarmonía entre la petición de inscripción y lo efectivamente inscrito, todavía podríamos distinguir dos tipos de cláusulas dentro de las no inscritas: las legalmente prohibidas y aquellas otras en que sólo se excluye su eficacia real. En cuanto a las primeras, su no inscripción resulta suficientemente fundada. Son cláusulas no sólo ineficaces, sino inválidas, prohibidas por la ley y, por tanto, no susceptibles de producir efectos jurídicos (3). Normalmente determinan la nulidad parcial del negocio que las contiene. Pero el principio de conservación del negocio aconseja mantener la subsistencia y la eficacia de su restante contenido, en la medida en que ello sea posible de acuerdo con el fin jurídico perseguido por las partes, y siempre que éstas no excluyan expresamente el resultado de esa eficacia parcial. Respecto al segundo grupo, cláusulas válidas pero carentes de eficacia real, debemos recordar que esa falta de publicidad es algo impuesto por la ley, no dependiente de la mera voluntad individual (4); que deriva de la calificación registral, como juicio de valor resultante al comparar el negocio o pacto sometido y el esquema de su eficacia legal, tarea que exige, obviamente, la adecuada interpretación del negocio y de la ley o de las leyes que lo regulan; pero que en todo caso distorsiona el proyecto de los interesados, que quieren el negocio como un todo y su publicidad global. ¿Cabe entonces que se inscriba parte y se reserve al restante contenido no inscrito una eficacia meramente obligacional, sin publicidad y sin posible repercusión frente a los terceros?

Si la interpretación legal excluye la publicidad de algún pacto, para que pueda inscribirse parcialmente el restante contenido del documento será preciso, en todo caso, que los interesados consientan en esa modificación de su pretensión inicial. ¿Cómo se articula en la práctica ese asentimiento o conformidad? Previamente al mismo habrá que manifestar a los interesados, es decir, al presentante del título, como mandatario suyo, la calificación negativa, que impide la inscripción de la cláusula no oponible. Calificación negativa (suspensión o denegación) que será anterior a la formalización del asiento. Esta notificación, generalmente realizada en forma verbal, es importante, porque condiciona la marcha del procedimiento a seguir y subraya la trascendencia y autonomía de la calificación registral. Legitimado para prestar aquella conformidad lo está el presente del título, que actúa en el procedimiento registral sustituyendo a las partes. Dicha conformidad, en caso de prestarse, no bastará con que sea verbal, sino que deberá constar por escrito. ¿Por qué? Si se piensa que la solicitud es normalmente verbal, e incluso presunta, derivada de la mera presentación, cabría admitir que aquella petición podría modificarse en la misma forma y aceptar la inscripción parcial mediante declaración también verbal. Obsérvese, sin embargo, que el contenido de aquella inicial solicitud consta ya, con mayor o menor extensión, en el asiento de presentación, que sólo podrá ser alterado por

(3) Cuestión distinta, ciertamente difícil, es la de precisar en cada caso cuándo una cláusula pactada, y que forma parte del contenido de un negocio inicialmente válido, choca con lo establecido en una ley imperativa, de manera que resulte nula por virtud de esa contradicción legal o, cuando menos, incumple un requisito legal necesario, de modo que el negocio celebrado en esas condiciones resulte incompleto e ineficaz. Estas necesarias precisiones forman parte del ejercicio de la función calificadora que corresponde al Registrador, y sobre cuya dificultad no es necesario insistir.

(4) En los casos excepcionales en que se hace depender el acceso al Registro del pacto o convenio entre las partes para inscribir, ello es porque la ley expresamente lo autoriza o condiciona este resultado a aquel propósito (por ejemplo, art. 14-1 R. H.): la oponibilidad frente a terceros y la publicidad que le sirve de instrumento son niveles de eficacia legalmente establecidos, no pueden quedar a merced de la voluntad particular. El pacto expreso de las partes para inscribir no modifica la naturaleza inscribible de una estipulación. Pero una cosa es la posibilidad de tener acceso al Registro (inscribibilidad u oponibilidad legal), y otra la necesidad de que esa publicidad sea solicitada (solicitud o rogación), supuesta aquella posibilidad legal.

escrito; y que para que el Registrador excluya de inscripción algún pacto, deberá hacerlo constar así en la nota al pie del título, y para que esta fragmentación del documento no rompa la necesaria congruencia procedimental, deberá acreditarse suficientemente la modificación de la petición. Esta conformidad no figurará en el texto del asiento de presentación, por ser previo a la calificación, pero sí deberá exteriorizarse en nota al margen de dicho asiento. Y la extensión reducida en la inscripción practicada, de conformidad con aquella nueva solicitud, habrá de figurar en la nota de despacho del título y en la nota al margen del asiento de presentación. Como razonablemente se establece en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

b) El segundo de los problemas apuntados hace referencia al caso concreto en que se solicita expresamente la inscripción del título presentado de una determinada manera y resulta luego inscrito en forma distinta. Esa solicitud expresa podrá hacerse por el presentante verbalmente, en el momento de la presentación, pero lo más habitual será que dicha solicitud se formule dentro del documento, como uno de los apartados del mismo.

Este supuesto de hecho será ciertamente menos frecuente que el anterior, pero perfectamente posible, y esa posibilidad exige encontrar la solución más adecuada. Además, en este esquema encaja plenamente el problema planteado en el presente recurso.

De los diversos casos en que pueda suscitarse esa discordancia patente entre la solicitud expresa de inscripción y la forma en que el asiento se practica, éste es uno de los más típicos. Se adquiere una finca por mujer casada alegando el carácter parafernial del precio, ofreciendo una justificación—mayor o menor—de esa circunstancia y solicitando expresamente que la finca comprada se inscriba como bien parafernial de la mujer. Cuando la prueba del carácter privativo del precio resulta suficiente, a juicio del Registrador que califica, y teniendo en cuenta siempre los medios aportados para lograr esa justificación, entonces no hay mayor problema. Si el negocio de compraventa es válido e idóneo para su inscripción, el Registrador inscribe atribuyendo a la finca ese carácter parafernial y acomodándose a lo solicitado por los interesados. Si el negocio adolece de alguna irregularidad o vicio, incumple los requisitos legales o tiene imperfecciones patentes, procederá su no inscripción: el Registrador suspenderá o denegará el asiento solicitado y el carácter del bien adquirido no llegará a plantearse en el Registro, sin perjuicio del posible recurso de los interesados contra esa calificación negativa. Pero si el Registrador estima la validez e inscribibilidad del negocio, mas no la prueba del dinero parafernial, entonces caben dos soluciones posibles: o se inscribe como presuntamente ganancial, contrariando la petición de los interesados, o se impide la inscripción. He ahí el problema, que en definitiva gira en torno a la dificultad de probar la naturaleza privativa del metálico en contra de la enérgica presunción ganancial del artículo 1.407 del Código civil. En seguida volveremos sobre ese problema de fondo o civil, en torno a la prueba del dinero parafernial.

De momento, situados en el plano registral de la forma de practicar el asiento y de la vigencia del principio de rogación, recordemos que esa dificultad de prueba y las consecuencias que comporta en orden a la inscripción así solicitada han encontrado una vía de solución práctica en el propio artículo 95, 2.º, del Reglamento Hipotecario. Cuando se afirma ese carácter parafernial del dinero, e incluso se asevera por el otro cónyuge, pero no se prueba suficientemente a juicio del Registrador, éste podrá inscribir a nombre de la esposa compradora, pero queda en el aire la naturaleza del bien adquirido, y la inscripción no prejuzga que sea efectivamente parafernial o presuntivamente ganancial.

Nos encontramos así en presencia de una inscripción relativamente

incompleta, porque no determina con claridad el carácter de la finca comprada. La publicidad no se extiende a ese dato, ciertamente importante para la atribución de titularidad, para la imputación de su valor económico y para la previsión de su enajenación futura. Necesitará ser completada a través de una prueba ulterior para que ese carácter llegue a estar patente (art. 95, párrafo último, RH). El Registrador no sólo podrá inscribir en esas circunstancias, sino que deberá hacerlo, ya que su función de dispensar la publicidad comporta una actividad debida, aunque reglada, y porque no es discrecional del Registrador autorizar o no los asientos solicitados. El principio de conservación del negocio y la conveniencia de impedir que los actos realizados y presuntamente válidos queden fuera del mundo registral quizá justifiquen esta manera de actuar establecida por el Reglamento. Pero en cualquier caso, como la actuación registral no se corresponde con la solicitud expresa de los interesados, para que la inscripción pueda practicarse en esos términos deberá prestar a ella su conformidad el presentante del título. Sólo entonces se respeta el principio de congruencia procedimental. Sólo si el presentante modifica su solicitud inicial podrá el Registrador inscribir de esa manera.

Si esa conformidad supone una modificación en la solicitud inicial y debe ser prestada después de la calificación registral, habrá de exteriorizarse por nota al margen del asiento de presentación, como condicionante de la forma en que se realiza la inscripción y antecedente de la nota de despacho del título. El supuesto es semejante al contemplado antes en el apartado a). Como el Centro Directivo afirma, es aplicable aquí por analogía lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, párrafos segundo y tercero. De la misma manera puede recordarse ahora lo expuesto más arriba, al final del apartado a).

En su informe, el Registrador estimó que no se había vulnerado el principio de rogación, como alegaba el Notario recurrente, ni incumplido lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, por cuanto el oficial de la Notaría que actuó como presentante del documento calificado había prestado ya su conformidad a que la inscripción se practicara en la forma en que se hizo. Dicha afirmación no fue contradicha en el recurso. En ella basó el Presidente de la Audiencia su resolución para declarar acertada la actuación del Registrador y confirmar su nota de calificación. Ciertamente el cumplimiento de dicho requisito era previo a la extensión del asiento en la forma establecida por el artículo 95, 2.º, del Reglamento Hipotecario. Pero quizá entonces debió hacerse constar por escrito esa conformidad al margen del asiento de presentación—dato éste que no se exterioriza en el recurso—y, sobre todo, debió manifestarse en la nota de despacho al pie del título, como justificación de la actuación registral. Quizá por eso, la Dirección General llama la atención de los intervinientes recomendando su especial diligencia en estos casos, tanto por parte del presentante, al recabar la necesaria conformidad de los interesados, como por parte del Registrador, al extremar su cuidado en acomodarse a la solicitud así obtenida. Al aplicar por analogía el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, a mi juicio con toda razón, entiendo que cuando se habla de que debe hacerse constar esta circunstancia—es decir, el consentimiento de los interesados—«en el asiento correspondiente», con ello se está haciendo referencia al asiento de presentación del título y a la nota al margen del mismo, no al asiento de inscripción que se practique. Ello por las razones ya expuestas y por lo que establece el propio artículo 434 en sus párrafos 2.º y 3.º.

2. Si el primer problema básicamente planteado en el recurso se proyectaba sobre la aplicación del principio de rogación, la segunda cuestión suscitada en el mismo aludía a la prueba del carácter parafernático del precio. Viejo problema, ampliamente discutido en el plano civil e hipotecario, en el cual no vamos a entrar ahora con detalle.

Supuesta la existencia de diversas masas patrimoniales de las que son titulares los cónyuges en forma individual o colectiva (bienes propios del marido, bienes propios de la mujer, bienes comunes), los desplazamientos económicos durante el matrimonio afectan al contenido de esos patrimonios y repercuten sobre la naturaleza de los bienes en función de su adscripción a esas masas. En caso de sustitución de unos bienes por otros juega el principio de subrogación real: los bienes adquiridos participan del carácter—privativo, parafernial, ganancial—de los bienes a los que se sustituyen.

El ejemplo más característico y, a la vez, el más habitual es el de la compra de bienes durante el matrimonio (5). El bien comprado se adquirirá con el mismo carácter que tuviera el dinero que se utiliza como precio de la compra. Si dicho dinero es ganancial o presuntamente ganancial, la finca comprada con el mismo ingresará en el patrimonio común.

Dentro de ese cuadro general, el problema se plantea más agudamente en las compras realizadas por mujer casada con dinero propio o parafernial. El bien comprado tendrá entonces igualmente carácter parafernial. Pero para que esto ocurra así es preciso la justificación de tal carácter. Como punto de partida para la efectividad de esa atribución y para desvirtuar la presunción de ganancialidad que se establece en el artículo 1.407 del Código civil.

Para que un bien pueda ser considerado como parafernial habrá que probar: a) O que fue adquirido en fecha anterior a la celebración del matrimonio. Problema de determinación fehaciente de la fecha de adquisición. b) O que ha sido adquirido a título gratuito durante el matrimonio. Problema de calificar la causa de la atribución. Si partimos de que la compra se realiza dentro del matrimonio, la justificación necesaria se refiere tanto a la determinación de la naturaleza gratuita de la causa cuanto a la identificación del bien que es objeto de sustitución dentro del patrimonio (subrogación real).

Como es bien sabido, la cuestión se centra en probar el carácter parafernial del dinero con que se realiza la compra. Y esa prueba tropieza, por lo menos, con dos dificultades: 1) La presunción de ganancialidad del artículo 1.407, que da base para considerar como ganancial cualquiera de los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario suficientemente. 2) El carácter fungible de las monedas, billetes o piezas de dinero. Generalmente, el dinero funciona como cantidad o suma de valor (medida de valor), y no como moneda específica u objeto determinado, susceptible de individualización. Por lo que será difícil determinar qué suma de dinero (cifra de valor equivalente al precio satisfecho) corresponde al adquirido previamente o a título gratuito (monedas o billetes concretos derivados de esa específica adquisición).

En cualquier caso, habrá que probar ante el Registrador esos datos (fecha, causa gratuita) que justifican la atribución del carácter parafernial (6). A través de cualesquiera medios de prueba que los interesados juzguen adecuados, siempre que tengan encaje dentro del procedimiento registral, es decir, principalmente los documentos públicos en que se

(5) Queda fuera de este planteamiento, aunque esté íntimamente conectado con el mismo, aquel otro problema de la capacidad y legitimación de uno y otro cónyuge para realizar el acto adquisitivo o de enajenación de que se trate. Problema que ha tenido especial importancia después de la última reforma del artículo 1.413 del Código civil, y que hoy presenta una nueva actualidad en relación con la compra de bienes inmuebles por mujer casada, por sí sola y con dinero presuntamente ganancial, en presencia de los artículos 59, 62 y 63 del Código civil, reformados por la Ley 14/1975, de 2 de mayo.

(6) Como ha dicho el profesor LACRUZ, las reglas ordinarias de prueba sufren ciertas alteraciones en lo que concierne a la de la condición de los bienes conyugales. El cónyuge que, bajo el régimen de gananciales, afirma ser de su exclusiva pertenencia un bien determinado, debe demostrar la titularidad anterior al matrimonio, o la adquisición durante él a título lucrativo o la subrogación (LACRUZ-SANCHO *Derecho de Familia*, vol. I, Librería Bosch, Barcelona, 1974, págs. 262-264).

acrediten esos extremos, ya que la calificación registral opera sobre documentos. Y aun la confesión del marido, o la declaración de la mujer o de terceras personas, habrán de constar igualmente en los documentos correspondientes. Medios de prueba éstos más limitados que los que puedan alegarse ante un Juez en el proceso correspondiente, por lo que esa actividad probatoria es más reducida en este procedimiento que en aquel proceso, de la misma manera que su finalidad es también más limitada, puesto que se pretende lograr la inscripción del acto adquisitivo y no la declaración de su existencia o validez. Limitación en los medios de prueba que acertadamente se recuerda en uno de los considerandos de este recurso. Mas sea cual fuere el medio utilizado para conseguir aquella justificación, lo cierto es que habrán de probarse suficientemente, y a juicio del Registrador, aquellos datos. El criterio para su valoración corresponde libremente al Registrador, de acuerdo con su razonable y prudente estimación. Si bien podrá ser revisado en vía de recurso gubernativo si los interesados no están de acuerdo con él.

Al aplicar estas consideraciones al caso concreto discutido, observamos la concurrencia de dos ideas contradictorias: De un lado, la innegable dificultad de probar que ese concreto dinero con que se compra (y no una suma de dinero equivalente al importe del precio de la venta) era el adquirido antes del matrimonio, o después a título gratuito, o procedía por subrogación de la enajenación de bienes parafernales. De otro, la necesidad de que esa justificación se produzca realmente alguna vez, de manera que pueda llegar a reconocerse en la práctica el carácter parafernial de fincas compradas por mujer casada cuando efectivamente sea así, pues de no ser esto posible, no llegaría a tener lugar la aplicación de los preceptos correspondientes relativos a los bienes parafernales (7). Se hace preciso arbitrar, pues, una vía intermedia que armonice ambos criterios opuestos e igualmente aplicables para conseguir la mejor y más prudente solución a tan intrincado problema. Sin olvidar, además, otra posible dificultad aquí concurrente: Que como el precio de la compra, que se confiesa recibido en la escritura y respecto del cual se pretende probar su origen privativo, es notablemente inferior al valor real, e incluso al resultante de la comprobación fiscal para el pago del Impuesto de Transmisiones, no es fácil, en principio, encontrar por ese camino la justificación de que efectivamente se satisfizo el precio real con dinero parafernial, aunque llegara a probarse en forma suficiente el carácter parafernial del dinero con que se pagó el precio escriturado (8).

Para obviar en parte esas dificultades probatorias suele utilizarse en la práctica un medio complementario: la aseveración por parte del marido de que el dinero satisfecho por la esposa para pagar el precio de la compra era de origen parafernial. Aseveración que refuerza la declaración de la esposa en ese sentido y significa una confesión o reconocimiento por el marido de ese dato, en cuanto que el marido es la otra parte integrante de la sociedad conyugal, y su declaración presupone la no existencia de perjuicio para el patrimonio ganancial a costa de una injustificada exclusión del mismo del valor del bien comprado cuando se reputa parafernial. Esta aseveración o confirmación se daba también en el caso origen del presente recurso.

El problema entonces se traslada o deriva hacia la determinación del valor de la confesión extrajudicial del marido realizada en esas circuns-

(7) Así lo estimaron el Notario recurrente en sus alegaciones y el Registrador en su informe.

(8) En el presente caso el precio declarado en la escritura era de 95.000 pesetas y el valor fiscal de la finca transmitida ascendía a 201.560 pesetas. Diferencia notable, ciertamente. Este argumento, que fue oportunamente recogido por el Registrador en su informe, es difícilmente superable. Y su evidencia, derivada de la viciosa práctica de atribuir valores falsos con intención de fraude fiscal, nos lleva a un planteamiento más espinoso de este ya difícil problema de prueba. Porque entonces sería preciso acreditar el origen privativo de una suma de dinero suficiente para enjugar el precio real, o por lo menos fiscal, que resulte. Con la imprecisión que puede suponer este dato tan variable.

tancias. ¿Bastará esa aseveración del marido, complementaria de la declaración de la mujer compradora, para justificar el carácter parafernial de la adquisición? La cuestión ha sido igualmente muy discutida por los autores y objeto de atención reiterada por la jurisprudencia.

En la Resolución de 22 de diciembre de 1933 se estimó que la prueba plena, necesaria para desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil sólo debía entrar en juego cuando hubiera terceros interesados, mas no cuando produjera efectos *inter partes*, como en el caso entonces discutido, en que se permitió esa consideración de bienes privativos a unas fincas inscritas como presuntamente gananciales, a efectos de una escritura de partición hereditaria otorgada por el cónyuge viudo y el defensor judicial de sus hijos menores.

Más recientemente, la famosa Resolución de 11 de marzo de 1957 declaró que los bienes adquiridos por mujer casada durante el matrimonio, con aseveración por parte del marido de ser propio de ella el precio de la compra, no puede enajenarlos una vez viuda y antes de la liquidación de la sociedad conyugal sin el consentimiento de los herederos de aquél. De donde se desprende que no se reconoció a la aseveración del marido eficacia suficiente para desvirtuar el carácter presuntamente ganancial de los bienes, ni para demostrar su pretendida naturaleza parafernial. La Dirección General justificó entonces su decisión con el siguiente razonamiento: «La eficacia de la confesión requiere por parte del confesante no sólo capacidad, sino también legitimación, es decir, una posición frente al bien discutido en virtud de la que se reconoce al confesante un poder de disposición sobre el respectivo interés, y en este sentido el artículo 1.232, 2.º, del Código civil, declara que la confesión no hace prueba contra su autor en el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes y, por tanto, cuando versa sobre materia sustraída por ley imperativa a la autonomía de la voluntad carece de su normal eficacia, puesto que de no ser así se podría conseguir mediante la prueba de confesión lo que no puede alcanzarse directamente por vía legal, en este caso una donación entre cónyuges, declarada nula en el artículo 1.334 del Código civil» (9).

Como ha recordado LACRUZ BERDEJO, la doctrina dominante y la jurisprudencia del Tribunal Supremo estiman que las declaraciones hechas por un cónyuge de reconocimiento del carácter privativo de determinados bienes del otro, son vinculantes *inter partes*, alcanzando esta vinculación a los herederos respectivos en cuanto no resulten lesionadas las legítimas; mientras que, en relación con los terceros, carecen de eficacia probatoria, aunque tales terceros sí pueden valerse, como medio de prueba y frente a los cónyuges, de las manifestaciones y confesiones hechas por ellos y, en general, de los actos propios suyos. Y sintetiza su opinión cuando afirma: En suma, relacionando los artículos 1.232 y 1.344 con el 1.218 del Código civil, podemos concluir que la declaración de un cónyuge relativa a los bienes o créditos conyugales, en cuanto testimonio, tiene siempre *inter partes* eficacia probatoria relativa (presunción *iuris tantum* de veracidad), pero en cuanto confesión no siempre la tiene (absoluta). Nos hallamos así ante una clase particular de bienes que funcionan, en principio, como *gananciales erga omnes* y como *privativos inter partes* (10).

De donde resulta que, sin perjuicio de reconocer el valor *inter partes*

(9) Tan drástica tesis, excluyente del valor de la confesión del marido para justificar la naturaleza parafernial del bien comprado, por temor a un posible fraude legal, ha sido criticada por parte de la doctrina. Véase en este sentido, VALLET DE GOYTISOLO «Observaciones a la Resolución de 11 de mayo de 1957 en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 y otras consideraciones», en esta misma Revista, 1957, págs. 477 y siguientes.

(10) *Derecho de Familia*, citado, I, págs. 264 a 265 y 268.
Véase allí una brillante refutación a las opiniones de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y ROCA SASTRE, que niegan valor al reconocimiento o confesión de un cónyuge, y el sólido argumento derivado del artículo 1.344 del Código civil (págs. 266-267).

de la aseveración del marido en esos términos, y el hecho de quedar vinculado por ella, dicha aseveración no produce efectos frente a terceros. Cabalmente, como la publicidad registral supone, además de su eficacia estrictamente probatoria, la creación de un título de legitimación para los actos de disposición futuros, que necesariamente repercute frente a los terceros, parece razonable deducir que aquella aseveración no es suficiente para que conste en el Registro la naturaleza parafernial de la finca comprada.

Por eso, la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario establece la norma, ya referida, según la cual, cuando no se acredite suficientemente aquel carácter parafernial, a pesar de la aseveración del marido en este sentido, la inscripción se practica a nombre de la mujer sin que el asiento prejuzgue la naturaleza del bien. Aunque, a efectos de disposición futura, se aplicarán entonces las reglas correspondientes a los bienes gananciales, exigiéndose para tal acto el consentimiento de ambos cónyuges. Es decir, que la falta de prueba suficiente, a pesar de la declaración del marido, desemboca en la inscripción del bien como presuntamente ganancial, aunque sea a nombre de la mujer.

La norma reglamentaria aludida parece una norma excepcional, anómala. No recoge la completa calificación del bien adquirido. La publicidad que a través de ella se dispensa adolece de una laguna. Se publica una situación jurídica provisional, sometida a posible revisión y cambio en virtud de una prueba futura (párrafo último del art. 95) o de lo que se establezca en el momento de disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Ello va en contra del principio de especialidad y de la necesaria determinación de perfiles en los derechos inscritos. Pero a través de esta imperfección técnica se permite en la práctica la inscripción como bien presuntamente ganancial de aquel cuya naturaleza privativa no ha llegado a probarse. El mundo de las presunciones encaja mal dentro de la necesaria exactitud registral. El Registro debe resultar patente y claro frente a todos. Aunque justo es reconocer que en este caso, ciertamente excepcional, la falta de seguridad derivada de la presunción viene condicionada por el carácter presunto de la ganancialidad en el Código civil y por la indudable dificultad práctica de aquella prueba privativa cuando se trata de dinero.

En el caso origen del presente recurso parece claro que, de hecho, no se llegó a probar suficientemente ese discutido carácter parafernial. No sólo porque los documentos aportados no parecen suficientes para justificar que el dinero invertido en la compra era el que se trataba de considerar como privativo, cuanto por la indudable falta de autenticidad de las fotocopias aportadas, que no tienen el valor de copias notariales, como acertadamente reconoce la Dirección General. Y también por aquella notoria desigualdad entre el precio declarado, que se afirma pagado con dinero parafernial, y el valor fiscal de la finca, muy superior a aquél, lo que invalidaría incluso la prueba suficiente relativa a aquella cifra menor.

3. Todavía se hace referencia en el recurso a un tercer punto de discusión: Si estaba o no legitimado para recurrir el Notario autorizante de la escritura cuando ésta había sido efectivamente inscrita, pero en forma distinta a la petición contenida expresamente en la misma. No nos parece va oportuno entrar en la consideración de este tema para no hacer más extenso este comentario. Digamos simplemente que, en efecto, el recurso gubernativo arranca de una calificación registral negativa, cuando el Registrador suspende o deniega la inscripción solicitada. El juicio de valor negativo sobre la inscribibilidad del título contradice la petición del presentante y por ello puede ser revisado en el recurso correspondiente. Pero en este caso, a pesar de no existir nota de calificación impidiendo la inscripción, nos parece plausible el criterio abierto de la

Dirección General permitiendo al Notario recurrir en esas circunstancias. Porque, como se afirma en uno de los considerandos, de no hacerse así se podía haber planteado inmediatamente el recurso frente a la nota de calificación negativa si se pidiera a continuación la extensión de la nota marginal, señalada en el último párrafo del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. Además, sirve de apoyo también al reconocimiento de esta posibilidad la amplitud con que se regula la legitimación del Notario autorizante de la escritura para recurrir gubernativamente: «en todo caso», señala el párrafo 3.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario. En fin, porque el hecho de extenderse el asiento en forma distinta a la solicitada quizá justifique, en nuestra opinión, esa posibilidad de recurrir.

M. A. G.

15. ES INSCRIBIBLE LA VENTA DE UN USUFRUCTO VITALICIO REALIZADA POR EL USUFRUCTUARIO, CÓNYUGE SUPÉRSTITE, SIN LAQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN CUANTO AL USUFRUCTO QUE A AMBOS CÓNYUGES CORRESPONDE POR VÍA DE RESERVA EN VENTA O DONACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD DE FINCA GANANCIAL, SI EN ESTA VENTA O DONACIÓN SE HACE LA RESERVA DE USUFRUCTO POR EL MARIDO VENDEDOR «PARA SÍ Y PARA SU ESPOSA, CON LO QUE SE CONSOLIDARÁ EL PLENO DOMINIO SOLAMENTE AL FALLECIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES», POR DARSE EL DERECHO DE ACRECER DEL SUPÉRSTITE EN EL USUFRUCTO, Y A MAYOR ABUNDAMIENTO, LA INTERVENCIÓN EN EL ACTO DISPOSITIVO DEL USUFRUCTO DE TODOS LOS INTERESADOS EN LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Resolución de 10 de julio de 1975 (B. O. del E. de 14 de agosto).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Faura, ante el Notario don Carlos Fraga Carreira, el 23 de agosto de 1972, doña Josefina Forcadell Martínez y don José María Prado Aller vendieron la nuda propiedad, y don Rafael Forcadell Faulí, el usufructo, de dos fincas rústicas a don Vicente Fornell Gallego, que compró el pleno dominio; una de las fincas había sido donada a doña Josefina por su padres, don José Forcadell y doña Josefina Martínez, reservándose éstos el usufructo vitalicio según escritura de 26 de enero de 1962, inscrita en el Registro, y la otra finca la había comprado en escritura de la misma fecha don José Prado Oller, en cuanto a la nuda propiedad, reservándose los vendedores, don Rafael Forcadell y esposa, el usufructo vitalicio.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Sagunto primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en los tomos, libros, folios, números de fincas e inscripciones que expresan los cajetines puestos al margen de la descripción de las fincas, en cuanto a la nuda propiedad, y suspendida la inscripción del usufructo, que se transmite por el viudo, don Rafael Forcadell Faulí, por no justificarse sea titular del mismo, ya que por ser un bien ganancial tiene que ser objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales.»

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: «que las referidas fincas tenían naturaleza ganancial, por lo que el usufructo reservado era igualmente bien ganancial; que, en cuanto a la finca donada a la vendedora, es claro que al donarse conjuntamente por los dos cónyuges la nuda propiedad, el usufructo reservado es un usufructo conjunto establecido a favor de dos personas al mismo tiempo; siéndole de aplicación el artículo 521 del Código civil, que establece que no se extinguirá hasta la muerte del

último usufructuario que sobreviviere, por lo que no hay duda de que don Rafael Forcadell, que es el cónyuge supérstite, es el titular del usufructo de la primera finca donada, que transmite en la escritura de compraventa, cuya inscripción se discute; que respecto a la segunda finca, comprada por don José María Prado Oller con reserva del usufructo vitalicio por parte de los vendedores, procede decir lo mismo, ya que se trata de un usufructo ganancial constituido en el mismo acto a favor del marido y mujer, siéndole igualmente aplicable la disposición del artículo 521 citado de que el cónyuge sobreviviente es el titular del usufructo; que, salvo opiniones aisladas, hoy se puede estimar superada la atribución de personalidad jurídica a la sociedad de gananciales, no pudiendo ésta destruir la personalidad de cada uno de los cónyuges, y esto es suficiente para desechar cualquier postura que trate de excluir del juego del artículo 521 del Código civil el usufructo ganancial constituido por vía de reserva; que los problemas se plantearían en el supuesto de transmisión de finca privativa de uno de los cónyuges, dada la prohibición del artículo 1.334 de donaciones entre cónyuges, pero éste no es el caso del recurso; que el requisito de la adjudicación exigido por el funcionario calificador deja de tener razón al considerar que al usufructo transmitido le es aplicable plenamente el artículo 521 del Código civil; que pretender que el usufructo ganancial tiene que ser necesariamente objeto de adjudicación al disolverse la sociedad de gananciales es olvidar la naturaleza del derecho de usufructo, ya que si es vitalicio se extingue al fallecimiento del titular; que, en todo caso, lo que habrá que llevar, a efectos de liquidación, a la masa de gananciales no es el derecho de usufructo en sí mismo, sino su valor, por lo que no puede haber obstáculo para la transmisión del usufructo por el cónyuge sobreviviente reduciéndose el problema a conmutar su valor en la masa ganancial; que es muy difícilmente sostenible que el mismo usufructo pudiera ser objeto de adjudicación a favor de los herederos del cónyuge fallecido, salvo que se hubiera pactado expresamente al ser constituido y se excluyese la aplicación del artículo 521 del Código civil; que la liquidación de la sociedad de gananciales no es imperativa por el hecho de la muerte de uno de los cónyuges, y mientras no se efectúe es indudable que el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto tienen facultad conjunta de disposición de cualquier bien ganancial, dándose la circunstancia de que doña Josefa Forcadell era la única hija del matrimonio de don Rafael Forcadell y doña Josefa Martínez; que aun sosteniendo que el artículo 521 del Código civil no es aplicable al presente caso y que el usufructo se extingue por la muerte de uno de los titulares, lo que habrían transmitido doña Josefina Forcadell y don José María Prado sería el pleno dominio».

El Registrador informó: «que en el presente caso nos encontramos ante un usufructo de naturaleza ganancial reservado a favor de un matrimonio al que le son aplicables, al fallecer la esposa, las normas generales contenidas en los artículos 1.417 y siguientes del Código civil, referentes a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; que disuelta la sociedad conyugal se produce entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto un estado de indivisión dotado de características propias, cesando, como dice la Resolución de 9 de octubre de 1900, la representación legal que durante la existencia de la sociedad tiene el marido, que pierde a su vez la libre disposición de tales bienes mientras se practica la liquidación del caudal inventariado; que los bienes gananciales conservan su naturaleza propia mientras no se ha liquidado la sociedad conyugal, sin que puedan entre tanto confundirse con los demás bienes que integran el caudal relicto; que es criterio unánime y mantenido sin alteración por la jurisprudencia y la doctrina, que para que el viudo pueda disponer de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales es imprescindible la previa liquidación de la misma, y así lo declaran las

Resoluciones de la Dirección de 27 de enero de 1908, 9 de enero de 1915, 10 de julio de 1952, y las Sentencias de 20 de octubre de 1955 y 20 de mayo de 1957, que si bien esta última sentencia autoriza la venta si concurren el viudo y todos los herederos, aun sin haberse liquidado la sociedad, en la escritura calificada sólo comparece el viudo vendiendo el usufructo sin que se presente el testamento de la causante o el auto de declaración de herederos, por lo que es imposible sacar el número de herederos que tiene la causante, doña Josefina Martínez Sierra; que en cuanto a la remisión que hace el recurrente al artículo 521 del Código civil para fundamentar el derecho del viudo a disponer el solo del usufructo, hay que tener en cuenta que efectivamente un usufructo puede constituirse a favor de varias personas, subsistiendo el mismo hasta que fallece la última de éstas; pero el referido artículo, al igual que el 637 del mismo Cuerpo legal, se refiere a los usufructos constituidos por vía de enajenación, donde una persona extraña al matrimonio dona a ambos cónyuges el usufructo, y precisamente es en virtud del artículo 637, más que del 521, donde tiene su fundamento esta permanencia del usufructo adquirido por donación en el cónyuge supérstite; pero si la constitución del usufructo es por título oneroso, ya no son de aplicación las normas citadas, sino que seguirá la misma suerte que los demás bienes que integran el patrimonio de la sociedad, pudiendo ser adjudicado, al liquidarse ésta, al cónyuge supérstite, a un heredero o a un extraño; que de admitirse el criterio del recurrente de que el derecho de usufructo del cónyuge fallecido necesariamente ha de pasar a pertenecer al cónyuge supérstite, se daría lugar al cambio de naturaleza de los bienes, convirtiendo un bien ganancial en privativo, lo que iría contra la clasificación que se hace en los artículos 1.306 y 1.401 y concordantes del Código civil, con el consiguiente posible daño a los herederos legitimarios».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y teniendo además en consideración que de los artículos 1.417 y siguientes del Código civil se deduce la necesidad de la previa disolución y liquidación de la sociedad de gananciales para poder disponer de los bienes que la componen, y que una vez realizadas tales operaciones, la distribución del remanente líquido sólo puede llevarse a cabo entre marido y mujer o sus respectivos herederos, conforme dispone el artículo 1.426 del mismo Cuerpo legal, siendo inoperante el hecho de que el mencionado señor Forcadell, en el momento de fallecer su esposa, tuviera sólo una hija, que precisamente era titular de la nuda propiedad de aquella finca sobre la que operaba el usufructo; incluso que esa hija, como titular, a su vez, de este derecho de nuda propiedad, compareciera también en la escritura como vendedora de tal finca, ya que de este hecho no puede deducirse que dejarán de existir otros posibles herederos, que resultarían perjudicados por la disposición que había efectuado aquel señor.

Interpuesta apelación por el recurrente, la Dirección General (1) acordó revocar el auto apelado y la nota del Registrador en base a los siguientes considerandos:

Doctrina de la Dirección.—Para mejor entendimiento del presente recurso gubernativo conviene resumir los antecedentes de hecho, que son los siguientes: a) En los asientos registrales aparece la inscripción de la nuda propiedad a favor de doña Josefina Forcadell Martínez, por título de donación de sus padres, quienes se reservaron el usufructo vitalicio de la finca donada, e igualmente se encuentra inscrita la nuda propiedad de otro inmueble a nombre de don José Baría Prado Oller, por título

(1) VISTOS los artículos 521, 637, 1.334, 1.401 y 1.407 del Código civil, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1944, 15 de marzo de 1945 y 20 de mayo de 1957, y las Resoluciones de este Centro de 9 de enero de 1915, 9 de febrero y 17 de noviembre de 1917, 12 de mayo de 1924 y 10 de julio de 1952.

de compraventa, constando por parte del vendedor la reserva del usufructo vitalicio para sí y para su esposa, con lo que se consolidaría el pleno dominio a favor del comprador solamente al fallecimiento de ambos cónyuges, asientos practicados en base a las escrituras de 26 de enero de 1962, autorizadas por el Notario de Cuatell. b) Fallecida la esposa del donante y vendedor, este último, juntamente con los dos nudo-propietarios, otorgan la escritura de venta de sus respectivos derechos en las dos fincas a don Vicente Fornell Gallego, y es en este acto transmisivo sobre el que pesa la nota de calificación, que suspende la inscripción de la enajenación del usufructo por el viudo, «por no haber sido objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales».

Al estar los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud, hay que partir de la base—sin entrar a examinar las cuestiones que hubiese podido plantear la escritura de 26 de enero de 1962, ya calificada por el Registrador e inscrita—de la constancia en los libros registrales de un usufructo vitalicio a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer al sobreviviente, por lo que fallecido uno de ellos, se cumple la previsión pactada, que da lugar al acrecimiento, y de ahí que la venta realizada por el supérstite de su total derecho será inscribible de no surgir algún otro obstáculo que pueda impedirlo.

No es necesaria la adjudicación del mencionado usufructo, previa la disolución de la sociedad de gananciales, como indica la nota de calificación, dado que al ser el usufructo un derecho temporal y generalmente vitalicio, queda necesariamente extinguido a la muerte del usufructuario y o se produce la consolidación en la persona del nudo-propietario o bien, tal como ocurre aquí, según se deduce del título constitutivo, reflejado en los asientos registrales y de acuerdo, además, con los artículos 521 y 987 del Código civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho.

A mayor abundamiento, y aun cuando ya no sería necesario, dado lo indicado anteriormente, no hay que olvidar que es reiterada doctrina de este Centro Directivo desde las ya lejanas Resoluciones de 30 de abril de 1908 y 9 de enero de 1916, afirmada igualmente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de marzo de 1945, la de que se puede disponer de bienes singulares y concretos pertenecientes a una sociedad de gananciales en liquidación siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados, que agotan la plena titularidad del bien, como parece sucede en este caso, aunque al no haberse presentado en tiempo y forma los documentos que justifican esa situación, no pudieron ser tenidos en cuenta al calificar por el Registrador.

COMENTARIO.—Aunque externamente el caso de este recurso presenta similitud con el resuelto por la Resolución de 18 de junio, reseñada y comentada en anterior número de la Revista, el problema de fondo es notablemente distinto. En ambos casos se trata de la enajenación por un viudo de un bien, acaso ganancial, sin previa liquidación de la sociedad conyugal respecto de ese bien, y en ambos se daba además la circunstancia de que al fin y al cabo habían intervenido en el acto los interesados en tal liquidación. Pero fuera de esto comienzan las diferencias. Allí el problema de fondo es el de la aseveración de ser privativo un presuntivamente ganancial, hecha por herederos del cónyuge premuerto, y su posible valor probatorio o de liquidación compendiosa. Aquí el problema inicial está en la naturaleza del derecho real de usufructo y hasta dónde su esencial carácter de vitalicio dificulta su pertenencia a personas no físicas o a patrimonios en *mancomún*.

Aunque, en términos generales, hay que reconocer que hoy el concepto

romano unitario de servidumbre, que incluye el usufructo, el uso y la habitación, es un concepto doctrinal muerto, como reconocen los autores alemanes, a pesar de que el B. G. B. conserva en su sistemática (*Dienstbarkeiten*) el criterio romano, debe tenerse en cuenta que la unidad genética de usufructo y servidumbres continúa teniendo consecuencias vigentes no totalmente trasnochadas, y entre ellas el carácter personalísimo, vitalicio y casi *intuitu personae* que, en mayor o menor medida, continúan teniendo el usufructo, el uso y la habitación, paralelo al de inseparabilidad de la servidumbre (art. 534).

Las vacilaciones de las legislaciones sobre la transmisibilidad del usufructo son una prueba de esto. El B. G. B., por ejemplo, considera el usufructo intransmisible (sólo permite transmitir su ejercicio) y determina que se extingue por muerte del titular sin posibilidad de pacto en contrario. En nuestro Derecho, la doctrina y ROCA SASTRE, especialmente, han demostrado que de la coordinación de los artículos 480 y 498 del Código resulta una solución casi igual. Y en cuanto a la extinción, la colocación de la muerte del usufructuario en cabeza de las causas de extinción del artículo 513 y el que la relativa libertad de pacto en el título constitutivo del 470 quede reducida a los derechos y obligaciones del usufructuario, hace más que dudoso que este título pueda establecer plazo o condición que pueda dejar sin efecto la causa primera de extinción (2).

Las dudas sobre la extinción del usufructo constituido a favor de una persona jurídica (treinta años, cien años, cincuenta años, mientras la persona jurídica no se extinga, etc.) nos demuestran que el usufructo se desnaturaliza en cuanto se le desconecta de la vida de una persona física: su carácter vitalicio es esencial.

De ello resulta que el usufructo comienza a plantear problemas en cuanto pertenece a una comunidad, a una pluralidad de personas. KOHLER mantuvo la imposibilidad de que una comunidad matrimonial de bienes u otra mano común pudieran ser usufructuarias, y otros autores alemanes, menos drásticos y expeditivos, insisten en la imperiosa necesidad de que el título constitutivo de un usufructo concedido a una *Gesamtheit* determine si les corresponde a los partícipes sólo mientras dure la mancomunidad o si debe perdurar a favor del comunero que quede al faltar el oro, y ENNECCERUS-WOLF afirma que la interpretación del contrato llevará frecuentemente, si muere uno de los cónyuges, a que el usufructo se extinga únicamente a la muerte del supérstite, y cita expresamente, en nota a este pasaje, el artículo 521 del Código español, además del argumento de autoridad de GIERKE (3).

Pero no hay que dar por resuelto el problema del usufructo ganancial sólo porque en Alemania se acuerden de nuestro artículo 521 para resolverlo, porque hay que saber que si el artículo 521 ha pensado en el caso de que las varias personas sean dos cónyuges en régimen de gananciales dándose las circunstancias para que el derecho de usufructo se considere ganancial, y hay que saber si el que no se extinga el usufructo hasta la muerte del cónyuge sobreviviente quiere decir que hay derecho de acrecer del supérstite, que origina una titularidad privativa no sometida ni a la liquidación de sociedad conyugal ni a la herencia del premuerto, o quiere decir simplemente que el usufructo pervive hasta el fallecimiento

(2) Las discusiones sobre la posibilidad de subsistencia del usufructo a plazo o con condición resolutoria, después de la muerte del usufructuario, creo que fueron resueltas por la Sentencia de 11 de octubre de 1919, de acuerdo con las opiniones de SÁNCHEZ ROMÁN y NAVARRO AMANDI (contrarias a la de MANRESA) y no de acuerdo con las intermedias de M. SCAEVOLA y VALVERDE, como opinó CASTÁN, porque la excepción que la Sentencia admitía (*obiter dictum*) a la necesaria extinción por la muerte del usufructuario no era la del usufructo a plazo (con pacto expreso de subsistencia después de la muerte del usufructuario), sino más bien la del usufructo sucesivo a favor de varias personas sucesivamente.

(3) ENNECCERUS WOLFF *Derecho de Cosas*, 1937, II, págs. 68 y 96.

to del supérstite, pero que a la muerte del primero hay que someterlo a liquidación y adjudicación, como otro bien cualquiera de la sociedad conyugal; porque la verdad es que con el texto literal del artículo 521 cabe mantener ambas cosas y hay que decidirlo con otros principios más.

El problema quedó claramente abocetado en la Resolución de 9 de febrero de 1917, que tuvo el mérito de percatarse de su gravedad, pero dejó la cuestión sin resolver al declarar inscribible la compra de usufructo a costa del caudal ganancial para ambos cónyuges conjuntamente mientras ambos viviesen, y muerto uno de ellos íntegramente para el sobreviviente por su vida, ya se otorgase la compra así directamente o, como en el caso ocurría, por vía de rectificación (¿aclaración?) de una compra del usufructo hecha pura y simplemente por el marido. Y dejó la cuestión sin resolver porque la declaración de inscribibilidad la hace sin prejuzgar la calificación del Registrador sobre el contexto del asiento, a cuyo efecto reservó a los interesados recurrentes el derecho a minuta del artículo 252 (hoy 258) de la ley. En definitiva, vino a decir que durante el matrimonio, y a costa del caudal común, se puede comprar un usufructo para ambos cónyuges, incluso reproduciendo lo dispuesto en el artículo 521, pero dejó que Registrador e interesados discutiesen sobre qué debería decir el asiento en este caso, para que se supiese bien qué ocurría al morir uno de los cónyuges. Por ello es necesaria la lectura de esta interesante resolución, pues tanto nos equivoca el epígrafe-resena del *Anuario*, que nos induce a pensar que la doctrina jurisprudencial es que los usufructos se inscriban a favor del marido comprador con la adición de las circunstancias que permitan su asignación al grupo matrimonial, como la referencia que hace CAMY a esta resolución, según la cual el usufructo comprado en los términos que dijimos es ganancial con todas sus consecuencias y no es posible su alteración por pacto (4).

Si en 1917 la Dirección dejó el problema a la discusión de Registrador e interesados, ahora ha resuelto el nudo gordiano entendiendo que estaba claro que el usufructo constituido implicaba derecho de acrecer a favor del supérstite por la totalidad del disfrute, que por eso está sustraído *ab initio* a la comunidad ganancial y no tiene que entrar en su liquidación, aunque, a mayor abundamiento, se tenga en cuenta que entre nudo propietarios y adquirentes del usufructo agotan el total de los interesados en aquella liquidación.

Es curiosa la seguridad con la que Notario y Registrador afirman que se trata de un usufructo ganancial y las diferentes consecuencias que extraen de esta calificación del usufructo. A primera vista, parece que sólo el Registrador (exigiendo las liquidaciones de la sociedad conyugal) es

(4) Otras resoluciones y sentencias citadas en el Vistos rozan menos el problema fundamental. La Resolución de 9 de enero de 1915 dispuso que si concurren viuda y herederos sí pueden disponer de los gananciales. Parte, pues, de que el viudo solo, sin liquidación de la sociedad conyugal, no puede enajenar una finca ganancial. Y la de 27 de enero de 1906 estimó lo mismo incluso para hacer pago a un acreedor hipotecario. Estas resoluciones solamente refrendan el considerando final a mayor abundamiento.

La de 7 de agosto de 1933 estimó que inscrito un bien como ganancial no es posible rectificar el asiento por el consentimiento de ambos cónyuges, pues la mutación entrañaría donación o contratación entre cónyuges.

La Resolución de 17 de noviembre de 1917 declaró inscribible una venta judicial en autos ejecutivos seguidos contra herederos del marido deudor a pesar de ser ganancial la finca y no haberse disuelto la sociedad de gananciales en razón a sei la viuda uno de los herederos, haber sido citada y estar representada en la venta por el Juez.

La de 10 de julio de 1952 rechazó la anotación de embargo sobre finca presuntivamente ganancial, dictado en ejecutivo seguido contra el viudo por letras libradas después de serlo, aun limitándole a una mitad indivisa porque la demanda tenía que dirigirse también contra los herederos de la esposa y tornarse sobre los derechos que en la finca pudieran corresponder al viudo en la liquidación, porque disuelto el matrimonio cesa la sociedad conyugal y la representación legal del marido.

La Resolución de 19 de julio de 1950, célebre por resolver sobre la necesidad de que intervengan los legitimarios en las ventas de los albaceas, no obstante la reforma del artículo 20. 7º, de la Ley, trata como cuestión accesoría la de si el albacea con el viudo puede enajenar una finca ganancial sin previa disolución de la sociedad de gananciales.

congruente con la afirmación de ser el usufructuario ganancial; sin embargo, la argumentación del Notario, que con tanta naturalidad armoniza el usufructo ganancial con la norma general del artículo 521 y que, aunque de pasada, nos apunta lo extraño que sería la aparición de nuevos usufructuarios (los herederos del premuerto) como consecuencia de la adjudicación por gananciales, no deja de causar impresión.

¿No será que el usufructo lleva en su propia naturaleza genético-histórica algo que le impide o, al menos, le dificulta ser ganancial? ¿Tendría razón KOHLER?

Por otra parte, es muy discutible la diferenciación que hace el Registrador entre el usufructo constituido por vía de reserva y por vía de enajenación, a efectos de aplicar los artículos 521 y 637 y, en definitiva, a efectos de determinar las consecuencias del usufructo ganancial. El título decisivo de constitución del usufructo por vía de reserva no es el de adquisición del pleno dominio por el después transmitente de la nuda propiedad. El llamado usufructo causal (el del dueño pleno en el período en que aún no ha habido separación de usufructo y nuda propiedad) es un producto de laboratorio que ha de manipularse con sumo cuidado si se quieren evitar confusiones. Si el vendedor o donante, con reserva de usufructo, ha transmitido su dominio, con todas sus naturales consecuencias, el usufructo que se reserva, en cuanto a su contenido, duración y efectos, tiene que configurarse y determinarse, en el acto de transmisión de la nuda propiedad, entre propietario y usufructuario, igual que si la constitución del usufructo se hiciese en sentido inverso (cuando el dueño se queda con la nuda propiedad). Otro problema, que en el recurso se confunde y mezcla mucho con éste, es el de que, por razón de la pertenencia del pleno dominio a una comunidad matrimonial de bienes, en el negocio de transmisión con reserva de usufructo no se permita una libre configuración de éste en razón a cuestiones de capacidad, representación, contratación entre cónyuges, donaciones entre cónyuges, inmutabilidad de régimen matrimonial, etc.

Contratación entre cónyuges, donaciones entre cónyuges e imposibilidad de capítulos, etc., después del matrimonio, lesiones de legítimas, etc. (incluso el art. 1.271, 2.º, del Código, si se quiere), si son cuestiones que hay que tener en cuenta en toda reserva de usufructo a favor de ambos cónyuges, según se trate de privativos o gananciales y según quede configurada la duración y titularidad del usufructo en el acto constitutivo de reserva.

De ahí el acierto del segundo considerando al referirse en un inciso a las cuestiones que hubiese podido plantear la calificación de la escritura de 26 de enero de 1962, en la que—por vía de reserva—quedó constituido y determinado el usufructo.

Ahora bien, aunque Notarios y Registradores saben que en esta materia late un grave problema sin desentrañar, lo cierto es que las cláusulas de reserva de usufructo son frecuentemente anodinas, muchas veces dudosas y casi siempre insuficientes, especialmente cuando en la venta o donación de la nuda propiedad se incluyen privativos, gananciales y parafernales. La gran aleatoriedad del negocio en su conjunto; la inconsistente introducción de la doctrina, de que el artículo 1.334 fue más exagerado que el Derecho tradicional castellano; la premonición de que la prohibición de las capitulaciones después del matrimonio sería derogada, etc., ha permitido que en muchas ocasiones el Registro haya admitido ventas y donaciones con reserva de usufructo que en realidad eran liquidaciones compendiosas de sociedad conyugal y herencias en vida, en las cuales la parte de haber ganancial que los esposos querían reservarse por su vida se transformaba sin dificultad en un usufructo conjunto en vida de am-

bos y sucesivo, por derecho de acrecer a la totalidad, por la vida del supérstite, del cual ya resulta inadecuado decir que es ganancial.

Cuando se constituye un usufructo a favor de ambos cónyuges cabe hacerlo de muy distintas maneras, a saber:

1. *Usufructo conjunto puro*.—Disfrute conjunto durante la vida de ambos y consolidación total a la muerte del que primero fallezca.

2. *Usufructo por mitades indivisas*.—Cada cónyuge tiene su mitad, y la consolidación de cada mitad se verifica a la muerte de cada uno.

3. *Usufructo conjunto y sucesivo*.—Durante la vida de ambos es conjunto, y fallecido uno de ellos pasa totalmente al otro, no habiendo consolidación ninguna hasta el fallecimiento de éste.

4. *Usufructo sucesivo puro*.—Constituido a favor de uno solo de los cónyuges; pero para el caso de sobrevivir el otro, sucederá en el usufructo sin consolidación ninguna hasta la muerte de este sobreviviente.

5. *Usufructo ganancial*.—No hay consolidación hasta la muerte del sobreviviente; pero al fallecer el premuerto, el usufructo entra en la masa de liquidación de la sociedad conyugal, a repartir entre viudo y herederos del premuerto. Por lo difícil de su valoración en ese momento, será difícil también que la adjudicación sea otra que por mitad entre viudo y herederos.

Es posible que se nos escapen otras estructuraciones más, pero sólo pretendemos poner en guardia del cuidado que debe ponerse al constituir usufructos a favor de ambos cónyuges y demostrar que precisamente el supuesto 5 resulta el más anómalo y difícilmente querido por los interesados. Todos los supuestos enumerados son posibles, tanto si la constitución se hace transmitiendo el usufructo como si se hace por vía de reserva al transmitir la nuda propiedad, y en ambos casos el supuesto que hemos denominado ganancial puro, por la esencia personalísima del usufructo, por su necesaria vinculación a la vida de la persona o personas a cuyo favor se constituye, es el más difícil de presumir.

El Registrador, en cambio, parte de la idea de que es el que tiene necesariamente que existir cuando se hace por vía de reserva al transmitirse la nuda propiedad de una finca ganancial. Y lo cierto es que ni el Notario ni los considerandos de la resolución se esfuerzan demasiado en demostrarle lo contrario: aquél porque se limita a decir que aunque es ganancial hay que aplicar el artículo 521, y éstos porque se limitan a dar por supuesto que el usufructo reservado era del tipo que hemos llamado conjunto y sucesivo.

En mi modesta opinión, la tesis de que no era necesaria liquidación de la sociedad conyugal en cuanto al usufructo sólo puede descansar en las tajantes afirmaciones de que un usufructo nunca puede ser propia y verdaderamente ganancial, de que la finca ha salido de la masa ganancial tan pronto se vende o dona la nuda propiedad y de que el usufructo reservado no es el mismo usufructo causal ganancial que existía antes de la desmembración de usufructo y nuda propiedad, sino algo nuevo que ha de estructurarse en la misma escritura de desmembración, eligiendo entre las varias soluciones posibles de usufructo en provecho de dos cónyuges (y por las vidas de dos cónyuges). Y partiendo, además, de que en caso de falta de claridad sobre la solución elegida, la menos presumible es la última de las cinco que antes describimos.

Alargaría excesivamente este comentario desarrollar el problema, el cual, por otro lado, es difícil separar de uno relativo a las dificultades que, por otro orden de cosas, tengan todas o algunas de las posibles estructuraciones del usufructo reservado, según que la finca tuviese naturaleza privativa, parafernial o ganancial. Problemas de legítimas, de pro-

hibiciones de contratación y de donaciones entre cónyuges, etc., vienen a incidir en la cuestión. No obstante, creo que el fallo de la resolución sobre la cuestión básica es acertada, sin perjuicio de la observación que al final haremos.

Igual que en la Resolución de 1917, la Dirección ha procurado no sentar doctrina sobre el usufructo ganancial entendiendo sinceramente que no era necesario, porque el Registro era muy claro sobre la naturaleza y titularidad del usufructo de que se disponía en el documento calificado. No llega a afirmar que el usufructo sucesivo del caso es privativo o, al menos, funciona como privativo, y centra en el derecho de acrecer, en una suerte de *vis atractiva*, la explicación única de que el usufructo no haya de entrar en la liquidación.

En resumen, podemos concluir:

1. Que la resolución comentada no sienta doctrina ninguna favorable ni desfavorable a la posibilidad de que con ocasión de una venta o donación de nuda propiedad el cónyuge vendedor o donante puede constituir un usufructo en provecho de él y su cónyuge, conforme al artículo 521 (sin perjuicio de que en vida de ambos actúe el art. 1.403), según sea la naturaleza privativa, parafernál o ganancial de la finca vendida o donada, y según sea la condición del otorgante respecto del artículo 763 del Código civil.

2. Que se limita a dar por seguro que en el caso concreto figuraba inscrito, bajo la salvaguardia de los Tribunales, un usufructo de tales características a favor del supérstite, por lo que estimó innecesaria toda liquidación de sociedad conyugal, aunque el considerando final (a mayor abundamiento) nos suscite la duda de hasta dónde influía en la *ratio decidendi* la circunstancia a que se refiere.

3. Que continúa dudoso si los artículos 521 y 1.403 coordinados establecen una normativa de derecho necesario o, al menos, de derecho supletorio, aplicable a todo usufructo a favor de ambos cónyuges, de tal manera que, en principio, y salvo pacto expreso en contrario, excluyen el carácter ganancial del usufructo a favor de ambos cónyuges sin perjuicio de que su valoración deba entrar en las cuentas liquidatorias de la sociedad conyugal en algún supuesto y prescindiendo de las dificultades de esto.

4. Que ante tales dudas es imprescindible:

a) Poner especial cuidado en la redacción de las cláusulas de reserva de usufructos habida cuenta de la naturaleza de cada finca y del papel de los intervinientes por la parte donante y vendedora.

b) Replantear el problema de la reserva de usufructo «para sí y para el otro cónyuge» a la vista de la interpretación que prevalezca en torno a la admisión de capitulaciones matrimoniales *post matrimonium* de la última reforma del Código. No hay duda que la modificación de los artículos 1.319 a 1.921, dejando intactos los 1.417, 1.334, 1.458, etc., no debe ser una situación durable por suponer la vigencia simultánea de principios distintos y contradictorios, fuente de múltiples incertidumbres para terceros.

Terminaremos este comentario observando que, en mi opinión, el recurso y la resolución han dejado el rabo sin desollar, si nos atenemos a la resolución misma. La nota del Registrador suspendía la inscripción por no justificarse que don Rafael Forcadell (aunque en otro sitio se le llama José) sea titular del usufructo, ya que por ser un bien ganancial..., etcétera. Y en esto es indudable que el Registrador tenía razón. El recurso queda luego centrado en la discusión sobre si era necesaria o no adjudicación por disolución de la sociedad conyugal, y la Dirección decide que no era necesario. ¿Pero no sería necesaria ninguna otra cosa? ¿No está de todas maneras el tracto interrumpido? El Registrador, obsesio-

nado por la liquidación de gananciales, dice que sin el testamento o la declaración de herederos es imposible conocer los de doña Josefina, y el considerando final, a mayor abundamiento, no sabemos si porque fue presentado uno de tales documentos en el recurso o por qué, afirma que «parece» que el acto dispositivo se había otorgado conjuntamente por todos los interesados.

Se olvidan todos de que aunque no fuese necesaria la adjudicación por gananciales, sí era necesario que la titularidad registral conjunta de don Rafael Forcadell y doña Josefina Martínez se transformase en la titularidad única de don Rafael. Del certificado de defunción de doña Josefina, del asiento registral de acrecimiento y de la posible liquidación del impuesto, en base a los números 3 ó 4 del artículo 76 del Texto refundido, se prescinde totalmente. Al morir uno de los cónyuges algo muy importante ocurre en el usufructo, que ha de pasar al Registro con todos sus requisitos registrales (y fiscales) antes que pueda inscribirse la transmisión del usufructo efectuada por el sobreviviente solo, sin perjuicio de que pueda actuar el tracto registral comprimido. Al revocarse totalmente la nota, si el Registrador inscribe, malo, porque realmente defecto había, y si alega defecto nuevo, peor.

Acaso esta observación final sea un tanto imaginaria y extemporánea, pero he tratado de dejar constancia del problema del *modus operandi* en el caso de que la Dirección estime impropio el defecto señalado por el Registrador, pero descubre otro de silueta en parte coincidente con aquél. Creo que hay fuertes argumentos para decidirse por cierto margen de libertad del Centro Directivo para (con o sin informes para mejor proveer) revocar la nota conforme se puso y estimarla, no obstante, como hubiese sido procedente. Sin embargo, el tema requiere un estudio comparativo con la sentencia judicial en jurisdicción voluntaria y contenciosa, habida cuenta de las diferencias entre jurisprudencia registral y jurisprudencia judicial y de los casos en que la Dirección se ha movido dentro de cierto margen interpretativo de los artículos 117 (rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos), 118 (congruente con las pretensiones aducidas (y) ordenará, denegará o suspenderá la inscripción), 126 (si se resolviese que procede practicar la inscripción por no adolecer el título de defecto alguno. ., etc.) y 127 (el Registrador podrá alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior, aunque se hubiese acordado la inscripción en el recurso); artículos todos ellos un tanto contradictorios y que por lo pronto han conducido a que la Dirección termine sus resoluciones con una mera revocación o confirmación de la nota, prescindiendo del texto literal del artículo 118.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

NULIDAD ABSOLUTA DE INSCRIPCIONES. LAS MENCIONES NO SURTEN LOS EFECTOS DE LOS ASIENTOS REGISTRALES Y NO PERMITEN QUE PUEDA PRESCINDIRSE DE LA APORTACION DEL TITULO CONSTITUTIVO DEL DERECHO QUE SE DESEA INSCRIBIR. LAS RELACIONES PRIVADAS DE BIENES NO SON DOCUMENTO FEHACIENTE A EFECTOS DE INMATRICULACION. LA USUCAPION SECUNDUM TABULAS NO ES EXCLUSIVAMENTE TABULAR, SINO QUE REQUIERE LA POSESION EFECTIVA Y LA BUENA FE (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Don José María Faura Ubach formula demanda contra don Salvador Villalonga y de Carcer, marqués de Castellbel, y otros, solicitando la nulidad de las inscripciones del dominio directo de un censo sobre dos fincas, por haberse practicado la primera inscripción en base a unas menciones de dicho censo. Suplica se dicte sentencia declarando, en relación con la finca registral 2.025, la nulidad de las siguientes inscripciones: la 6.ª, de fecha 21 de julio de 1910, que fue la primera del dominio directo basada en una mención, y las posteriores, 9.ª, de fecha 4 de diciembre de 1924, y 11.ª, de 4 de noviembre de 1941; y en relación con la finca registral 212, la nulidad de la inscripción 6.ª, de fecha 5 de septiembre de 1910, y de la 11.ª, de 11 de septiembre de 1961, debiéndose expedir el correspondiente mandamiento al Registrador de la Propiedad de Tarrasa para la cancelación de dichas inscripciones.

Los demandados contestan oponiéndose, pues se atienen al contenido del Registro de la Propiedad, ya que sus títulos fueron destruidos durante la pasada guerra civil, y «aun cuando fuese cierta la argumentación del actor, a efectos dialécticos, de existir defecto en la inscripción de 1910, se habrían subsanado por el transcurso de más de sesenta años».

El Juez de Primera Instancia número 2 de Tarrasa dictó sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad absoluta de las inscrip-

ciones de dominio directo. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

El recurso de casación.—Los demandados interponen recurso de casación por infracción de ley, cuyos motivos son, en síntesis, los siguientes:

Motivo 1.º Error de hecho en la apreciación de la prueba documental, resultante de las certificaciones registrales aportadas—única prueba existente en el pleito—. De dichas certificaciones no se desprende que la referencia al dominio directo en la inscripción primera fuera mención, sino verdadera inscripción.

Motivo 2.º Infracción por violación del artículo 1.214 del Código civil y del artículo 20 de la Ley Hipotecaria (párrafos 1.º y 6.º de la Ley de 1909, que corresponden a los párrafos 1.º y 3.º en la vigente). Y ello por haberse dado como probada la afirmación del actor de que el censo no constaba inscrito previamente, sino sólo mencionado.

Motivo 3.º Error de hecho en la apreciación de la prueba documental—única aportada por el actor—, resultante de los documentos auténticos en que tal prueba consiste. La sentencia recurrida afirma como base fundamental de su ulterior razonamiento en favor de la pretendida nulidad formal de las inscripciones sextas de las fincas 2.025 y 212, que las mismas fueron practicadas en virtud de una simple relación de bienes suscrita y presentada en el Registro por un supuesto mandatario. Y en realidad no resulta así de las certificaciones registrales, que dicen textualmente que «todo lo relacionado consta de los asientos de que se ha hecho mención, de los testamentos que se han calendado y de una relación de derechos reales formalizada por don Antonio Puig y Soler, en la calidad de apoderado de dicho señor marqués».

Motivo 4.º Infracción por violación del artículo 14 de la Ley Hipotecaria vigente en su párrafo 1.º, pues el título de la sucesión hereditaria, a efectos del Registro, es el testamento, no la simple relación de bienes, como señala la Audiencia, siendo aquel título de carácter traslativo, habiéndose producido la transferencia con anterioridad a 1.º de enero de 1909, dada la fecha de fallecimiento del causante.

Motivo 5.º Infracción por interpretación errónea de los artículos 20 (párrafo 3.º) y 21 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909. La inscripción practicada por el Registrador de Tarrasa en el año 1910 fue correcta, teniendo en cuenta un criterio flexible intermedio seguido por la práctica registral, plenamente legitimada por la legislación vigente en materia de inmatriculación.

Motivo 6.º Infracción por aplicación indebida del artículo 4 del Código civil y por interpretación errónea de los artículos 35 y 38 de la vigente Ley Hipotecaria.

Motivo 7.º Infracción por violación de los artículos 30 y 32 de la Ley Hipotecaria de 1909 y 30 de la vigente, así como del 76 de ambas. La nulidad prevista por el artículo 30 no es la absoluta. En cuanto al artículo 76 no se ha tenido en cuenta que las inscripciones se extinguen por la inscripción de transferencia, por lo que no es posible atacar de nulidad las inscripciones ya dejadas sin efecto por otras posteriores de transferencia del mismo derecho inscrito, pues puede ocurrir que el vicio o defecto productor de la nulidad haya desaparecido en virtud de las sucesivas inscripciones verificadas con titulación perfecta.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que los motivos 1.º y 3.º del presente recurso, en los que, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa al juzgador de instancia de haber incidido en error de hecho en la apreciación de la prueba, no pueden alcanzar la finalidad

pretendida por quienes los formulan, tanto porque, para poner de relieve dicha equivocación, son totalmente irrelevantes las certificaciones registrales en que ambos motivos se apoyan, por tratarse de las mismas en torno a las cuales giró el debate, y en que el Órgano judicial fundamentó su decisión (sentencias de 15 de junio de 1970 y 14 de febrero de 1973), como porque lo que realmente pretenden los recurrentes consiste en llegar a la conclusión, a través de una labor exegética de dichos documentos, y al margen de las reglas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, de que los asientos primeros de las fincas 2.025 y 212 del Registro de la Propiedad de Tarrasa constituyen verdaderas inscripciones y no simples menciones del censo enfiteútico objeto de la controversia, y en que el título que sirvió de base a estas transcripciones y a las sextas de las indicadas fincas no se integró únicamente por una relación de bienes suscrita por un apoderado de los pretendidos *insolventes* (*sic*) (léase herederos), sino también con unos testamentos otorgados en su favor, que, en su sentir, debieron acompañarse de las correspondientes actas de defunción de sus causantes y del Registro de actos de última voluntad, empleándose para llegar a esa deducción una vía formal inadecuada y olvidando que el Registro civil no se creó hasta el 17 de junio de 1870, y el segundo de los antes referidos hasta el Real Decreto de 14 de noviembre de 1885, fechas posteriores al fallecimiento de los testadores de quienes se pretenden derivar los derechos litigiosos, por cuyas razones, y teniéndose además presente que el número siete del artículo 1.692 es de todo punto inadecuado para denunciar las infracciones que se crean cometidas respecto a distintos preceptos de carácter sustantivo, es indudable que ambos motivos deben ser rechazados, y con ello el segundo, que por acogerse al número uno del citado artículo 1.692 no puede apoyarse, como se apoya, en supuestos fácticos contrarios a los admitidos en la resolución que se impugna, sin incurrir en el número nueve del artículo 1.729 de la Ley de Trámites, y en la consiguiente causa de desestimación en esta fase del procedimiento, aparte de que por no haberse invertido la carga de la prueba en dicha sentencia, no se pudo vulnerar el artículo 1.214 del Código civil, según declararon, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 21 de diciembre de 1965 y 7 de enero de 1966.»

«Considerando que al declararse probado en la sentencia recurrida que las certificaciones registrales obrantes en las actuaciones acreditan plenamente que los asientos sextos de las fincas 2.025 y 212 del Registro de la Propiedad de Tarrasa, practicadas en 21 de julio y 5 de septiembre de 1910, respectivamente, se llevaron a efecto en virtud de una relación de bienes suscrita por un supuesto mandatario de los interesados, acompañada de los adecuados títulos sucesorios, y que respecto de la finca 2.025 existía una mención del derecho de censo discutido en su inscripción primera, y en cuanto a la 212, una alusión a estar inscrita en la antigua Contaduría de Hipotecas, según constaba también en el primero de sus asientos, y al no haberse destruido semejantes afirmaciones en el presente recurso es evidente que decaen los motivos cuarto y quinto, acogidos al número uno del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, en los que se acusa al Tribunal *a quo* de haber infringido por violación el párrafo 1.º del artículo 14 de la vigente Ley Hipotecaria y por interpretación errónea los 20, párrafo 3.º, y 21 de la de 16 de diciembre de 1909, porque ni las simples menciones pueden surtir los efectos de los asientos registrales (resoluciones de la Dirección General de los Registros de 27 de julio de 1899 y 30 de agosto de 1911), dando lugar a que pueda prescindirse de la aportación del título constitutivo del derecho que se desea inscribir (resolución de 17 de enero de 1876), ni las inscripciones de dominio y derechos reales realizadas en aquellas Contadurías gozan de eficacia alguna si los interesados en cuyo favor estén constituidas o sus causahabientes no

solicitan su traslación a la actual oficina inmobiliaria en el plazo señalado en los artículos 401 y 402 de la Ley de 1909, cosa que no se ha verificado en el supuesto que aquí se contempla, según los hechos que se declaran probados en el primer razonamiento jurídico del acuerdo judicial impugnado; ni el párrafo tercero del artículo 20 de la ley permite el acceso al Registro de los derechos reales no inscritos anteriormente, sin que se justifique con *documento fehaciente* su adquisición con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, condición de la que carecen los inventarios o relaciones de bienes extendidos en documentos privados y suscritos por los herederos o sus mandatarios (resoluciones de 27 de abril de 1871, 30 de noviembre de 1897 y 30 de julio de 1908) o incluso los testamentos otorgados a favor de los inscribientes, cuando en ellos no se relaciona el derecho que se trate de inmatricular, puesto que, en este último caso, para surtir el efecto apetecido, habrán de ser acompañados también de aquellos documentos fehacientes, según se desprende con toda claridad de los artículos 14, párrafos 2.º y 3.º, y 16 de la vigente Ley Hipotecaria.»

«Considerando que la falta de aportación de los documentos fehacientes, a que antes se ha hecho referencia, determina que se hayan incumplido los requisitos que de modo genérico se exigen para llevar a efecto toda clase de inscripciones en los artículos 14 (párrafos 2.º y 3.º), 16, 20 y 21, y concretamente, para las relacionadas con los dominios directo y útil, en el 39, todos ellos de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, y a que, en el presente caso, los asientos registrales en litigio se hayan practicado con ausencia total del título de constitución del censo, regulador de esta clase de derechos reales, tanto en la antigua Legislación Foral Catalana, según se hizo constar en las sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 1876, 30 de enero de 1888 y 30 de enero de 1906, como en la Compilación de 21 de julio de 1960, conforme a su artículo 196, con lo que contravienen lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 2 y en el número 4.º del artículo 9, y encajan en las prevenciones del artículo 30 e incluso en las del 258 de la referida ley, siendo nulos de pleno derecho, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4 y 1.255 del Código civil, por no haber producido efectos de ninguna clase en la realidad jurídica, y debe únicamente destruirse la apariencia provocada por un título inexistente, lo que imposibilita su subsanación con arreglo al artículo 1.311 del Código mencionado, cuyo ámbito de aplicación se reduce a los supuestos de anulabilidad comprendidos en el 1.300.»

«Considerando que, según doctrina proclamada por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 11 de noviembre de 1969 y 22 de junio de 1972, en nuestro sistema hipotecario vigente no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inmatriculación registral, por requerirse además para lograr tal efecto el concurso de la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir por parte del usucapiente y la buena fe de éste en la posesión, sin que para conseguir estos requisitos sea suficiente con las presunciones derivadas del principio de legitimación registral, que consagran los artículos 1 (párrafo 3.º), 35 38 (párrafo 1.º) y 97 de la Ley de 6 de febrero de 1946, puesto que las mismas no gozan de un valor absoluto, sino *juris tantum*, susceptible de ser desvirtuado por prueba en contrario (sentencias de 12 de mayo de 1961 y 10 de febrero de 1970), y puesto que el requisito de la buena fe, que en sus aspectos positivo y negativo definen los artículos 1.950 y 433 del Código civil, no opera respecto de quienes carecen de la condición de terceros, a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por ser sucesores hereditarios de los primeros inscribientes, ni es compatible con la falta de título, que debió servir de fundamento a la inscripción (sentencia de 26 de noviembre de 1970), y como en la hipótesis que aquí se discute, según los hechos que se declaran probados por el Tribunal *a quo*, no se ha justificado la existencia de acto posesorio alguno por parte de

los demandados con relación al censo enfiteútico debatido, y las inscripciones sextas de las fincas 2.025 y 212 del Registro de la Propiedad de Tarrasa son nulas de pleno derecho por haberse llevado a efecto sin la aportación del título censual inmatriculado, es incuestionable que entra en juego lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley vigente y sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1969, sin que tal derecho lo hayan adquirido por usucapión los demandados con arreglo al *Usatge omnes Causae* de la ley segunda, título II, libro VII, volumen I, de las Constituciones de Cataluña, ni por aplicación del artículo 342 de la vigente Compilación, y al haberlo entendido así el juzgador de instancia, no ha incurrido en ninguna de las infracciones que, con base en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, se denuncian en los motivos sexto y séptimo del recurso, que en su totalidad debe ser desestimado, sobre todo cuando el último constituye una cuestión nueva encajable en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley Procesal y productora de dicho efecto en esta fase de procedimiento.»

COMENTARIO.—Esta sentencia se ocupa de cuatro importantes temas de Derecho hipotecario:

- a) Las menciones y alusiones a la Contaduría de Hipotecas.
- b) La inmatriculación en base a inventarios o relaciones de bienes.
- c) La nulidad de inscripciones.
- d) El sentido de la *usucapion secundum tabulas*.

Comentaremos por separado cada una de estas materias.

A) MENCIONES Y ALUSIONES A LAS CONTADURÍAS

La sentencia se refiere a la mención propiamente dicha y a la alusión de un derecho inscrito en la antigua Contaduría de Hipotecas, aplicando a ambos conceptos idéntica carencia de efectos, pero por distintas razones.

Alusiones a la Contaduría de Hipotecas

Respecto a la alusión a estar inscrito el dominio directo de un censo en la Contaduría, señala que «las inscripciones de dominio y derechos reales realizadas en aquellas Contadurías no gozan de eficacia alguna si los interesados en cuyo favor están constituidas o sus causahabientes no solicitan su traslado a la actual oficina inmobiliaria en el plazo señalado en los artículos 401 y 402 de la Ley de 1909». Nos parece evidente la ineficacia de tales asientos y la procedencia de cancelar esas alusiones por caducidad. Por ello resulta lógico que dichas alusiones no puedan servir de apoyo a ulteriores inscripciones, pues no pueden suplir el requisito de la previa inscripción exigido por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Mención propiamente dicha

En cuanto a la mención propiamente dicha, se trataba de una indicación del dominio directo en la primera inscripción del dominio útil. Los recurrentes opinan que en tal supuesto no cabe hablar de mención, ya que ésta se refiere siempre a una carga o gravamen, y siguiendo la concepción del censo enfiteútico como dominio dividido, no hay aquí ningún gravamen sino dos dominios—el directo y el útil—, cualquiera de los cuales puede abrir folio registral, pudiendo figurar ambos inscritos en el mismo asiento o en asientos distintos.

La sentencia no se preocupa de profundizar en este tema, sino que

da por supuesto el concepto de mención de censo, partiendo de la apreciación realizada por los juzgadores de instancia en base a las certificaciones registrales aportadas (1). Lo que destaca la sentencia es la ineficacia de la mención, y ello constituye su verdadera doctrina en este punto, consistente en que «las simples menciones no pueden surtir los efectos de los asientos registrales sin que pueda prescindirse de la aportación del título constitutivo del derecho que se desea inscribir».

Ahora bien, es cierto que se ha discutido si cabe considerar mención la indicación del dominio directo en una inscripción del dominio útil. Hay dos concepciones en este punto:

a) Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia (resolución de 7 de julio de 1954 y sentencia de 6 de noviembre de 1967) entiende que la mención sólo puede hacer referencia a cargas o gravámenes, no al dominio. En este sentido se pronuncia ROCA SASTRE, cuya definición de mención ha influido, al parecer, en los recurrentes (2). ROCA entiende que no es mención ni la alusión a las cuotas indivisas no inscritas ni el supuesto del censo enfiteútico, diciendo respecto a este último: «Lo mismo cabe afirmar de todo conato que pretenda entender que se da verdadera mención dominical en el *dominio dividido enfiteútico* cuando uno de ellos abra la finca registral correspondiente separada en el Registro, separación ésta que el artículo 377 del Reglamento Hipotecario impide, pero que antes de dictarse esta norma reglamentaria, y de hecho aun después, se ha dado con frecuencia» (3). Y más adelante: «Nos resistimos a calificar de mención toda referencia al otro dominio que no haya acudido al Registro, pues se trata de una situación especialísima producida en el marco forzado, aunque destinado a desaparecer, de la división dominical enfiteútica» (4).

b) En cambio, otro sector, representado por B. CAMY, admite un concepto más amplio de mención, diciendo que es «toda referencia a algo que no forma parte integrante del asiento», y repudiando la tesis jurisprudencial, que limita su contenido a sólo aquellas referencias que se realizan a cargas o gravámenes no constituidos registralmente, bien con anterioridad o bien en el título que origina el asiento (5).

Nuestra distinción entre mención de dominio y de cargas

c) En mi opinión, se debe admitir, como punto de partida, el concepto amplio de mención que propone CAMY, pues tal mención es la referencia a gravámenes como a derecho dominical no inscrito. Téngase, además, en cuenta que el artículo 29 de la Ley Hipotecaria de 1909 hablaba

(1) La sentencia da dos razones para desestimar el motivo que alegaba error de hecho en la apreciación de la prueba: 1.ª Que la certificación registral alegada fue el documento en torno al cual giró el debate 2.ª Que la vía del recurso a través del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es inadecuada para denunciar la infracción de preceptos sustantivos. La primera razón es discutible, pues al no existir otra prueba la certificación registral es documento auténtico en casación, y podría haberse planteado si el criterio del Tribunal *a quo* era o no equivocado. En el mismo «Considerando» el Tribunal Supremo advierte que lo que pretenden los recurrentes es llegar a la conclusión de que no hay tal mención, sino inscripción, a través de una labor exegética de la certificación registral «al margen de las reglas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil». Con ello se pone sobre el tapete el problema de si son aplicables estos artículos en tema de interpretación de inscripciones. De momento no entramos en este problema. Ya dijimos algo de la aplicación del artículo 1.284, para salvar la nulidad de una inscripción oscura, en el comentario publicado en el número 497 de esta Revista, pág. 979, nota 5.

(2) Dice ROCA que mención es «la indicación o alusión hecha, en forma simple, pero expresa en un asiento de inscripción, y en su caso de anotación preventiva, de un acto inscribible relativo a una finca, de la existencia sobre ésta de alguna carga, gravamen o derecho real inmobiliarios que se hallan meramente relacionados mas no constituidos en el título mismo objeto de dicha inscripción o anotación, y sin contar inscritos en el Registro» (*Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 108, 6.ª edición). Esta misma noción sirve de base al primer motivo del recurso.

(3) ROCA SASTRE, *ob. cit.* en nota anterior, pág. 115.

(4) *Ob. cit.* en nota 2, pág. 116.

(5) CAMY, pág. 817, vol. V de sus *Comentarios*, 1.ª edición de 1971.

claramente de «dominio mencionado», y hoy se emplea una fórmula amplia en la que caben los dos supuestos (6). En consecuencia, actualmente no tienen acceso al Registro ninguna de esas menciones, siendo ambas cancelables fácilmente.

Pero una vez señalado tal concepto amplio conviene distinguir en seguida esas dos clases diferentes de menciones: la mención de dominio y la mención de cargas. La distinción puede ser interesante a varios efectos (7), pero nos centraremos en el caso que nos ocupa, encuadrado en la legislación de 1909. Las menciones de cargas sólo posibilitaban la ulterior inscripción de la carga mencionada aportando el título constitutivo de la misma o el de reconocimiento por el titular registral, sin que tal inscripción tuviera carácter inmatriculador. En cambio, tratándose de las menciones que hemos llamado de «dominio» (participaciones indivisas, dominio dividido), como la primera inscripción de uno de los dominios (con mención de los otros) no agotaba la plena titularidad sobre la finca, quedaba vía libre para las posteriores inscripciones del dominio mencionado en base no sólo al título constitutivo originador de la comunidad o de la división de dominios, sino también en atención a un título meramente traslativo o de cesión de ese dominio o participación indivisa, aunque se tratase de un título que no tuviese conexión alguna con la anterior inscripción. Nos fundamos en la eficacia inmatriculadora de cualquiera de los dos dominios o participaciones indivisas de la finca, lo que demuestra que es aplicable a ellos el artículo 205 de la Ley Hipotecaria (antes 20) v, por consiguiente, la inmatriculación a través de un título traslativo adecuado (8).

La presente sentencia no parece tener en cuenta esta distinta eficacia de uno y otro tipo de mención, pues en un supuesto de mención de dominio directo, como el que nos ocupa, no parece que haya que exigir, para su ulterior inscripción, precisamente el título constitutivo, a pesar de lo cual la sentencia abunda en el «título constitutivo del derecho que se pretenda inscribir» y expresa que los asientos se han practicado «con ausencia total del título de constitución del censo», señalando una serie de preceptos infringidos por tal causa. En nuestra opinión, no es indispensable el título constitutivo del censo, pues cabía también la inmatriculación a través de un título traslativo *inter vivos* o *mortis causa*. Ciertamente que la sentencia, según veremos en el apartado siguiente, también niega que exista aquí «título traslativo inmatriculable», pero creemos que debería haber insistido más en esto, considerándolo como el «quid» de la cuestión, olvidando lo relativo al título de constitución del censo. Quizá

(6) Los «derechos susceptibles de inscripción separada y especial» a que se refiere el artículo 29 de la L. H. vigente pueden ser no sólo los derechos reales limitados, sino también las participaciones indivisas y el dominio dividido en la enfiteusis.

(7) Podría plantearse el problema, a propósito del artículo 355 del vigente Reglamento, de si pueden cancelarse las menciones de cargas al expedir una certificación relativa exclusivamente al dominio; y viceversa, si pueden cancelarse las menciones de dominio al expedir una certificación que es exclusivamente de cargas. Sólo apuntamos la cuestión.

De iure concendo interesa destacar también la distinción. En cierta ocasión aunque de pasada (comentario en el núm. 499 de la R. C. D. I., pág. 1549, nota 25), decíamos que si se hubiera permitido el acceso al Registro de las menciones se posibilitaría inscribir el título anterior constitutivo de un derecho real presentado a inscripción después de estar inscrito como libre de cargas un título posterior traslativo de dominio. Este problema sólo se plantea tratándose de las cargas, lo que haría útiles a las menciones de ese tipo. No cumplirían, en cambio, esa función las menciones de dominio, pues las inscripciones de participaciones indivisas o de dominio dividido son perfectamente compatibles entre sí, sin importar que una se practique antes que la otra.

(8) Esta tesis deriva de la concepción del censo como supuesto de dominio dividido que, equivocadamente o no, acepta la legislación hipotecaria. Sabemos que hoy predomina la idea de configurar el censo como un gravamen, siendo el dueño el titular del dominio útil; pero esta concepción no está recogida positivamente por la legislación hipotecaria, sino que lo está la del dominio dividido (artículo 377 del Reglamento Hipotecario, arts. 127 y 134 de la Ley Hipotecaria) y a ella hay que atenerse.

ROSA SASTRE también prevé la inmatriculación de cualquiera de los dominios por un título traslativo de adquisición hereditaria o de compraventa, inmatriculable al amparo del artículo 205 de la Ley (como III, pág. 598).

por este otro camino no habría dado tanta importancia al defecto padecido y, desde luego, no hubiera señalado tantos preceptos infringidos.

La cita de la doctrina de la Dirección General sobre las menciones

Fuera de ese detalle, resulta igualmente evidente la carencia de efectos de las menciones por sí mismas, sin título que las confirme, según tenía ya declarado la Dirección General de los Registros en resoluciones de 17 de enero de 1876, 27 de julio de 1899 y 30 de agosto de 1911, las cuales son citadas por la presente sentencia en apoyo de la tesis mantenida. Esta cita confirma la autoridad científica de la Dirección General.

La resolución de 17 de enero de 1876 es la más significativa a efectos del presente caso, y advierte que para practicar la inscripción de un censo mencionado es necesario aportar el «título que acredite la adquisición de los derechos que han de inscribirse», no considerando como tal la escritura pública de inventario de bienes suscrita por el heredero único.

La resolución de 27 de julio de 1899 destaca que existiendo título inscribible adecuado (se trataba de la escritura de reconocimiento del censo), la inscripción del censo anteriormente mencionado había de practicarla el Registrador, sin que fuera obstáculo que la mención no expresase con precisión absoluta todos los datos del derecho, advirtiendo a este propósito que las menciones «no producen todos los efectos de los asientos registrales». Propósito, como se verá, distinto del que anima a esta sentencia, pues en el caso de la resolución se trataba de potenciar el efecto de la mención (disculpando su imprecisión), y en esta sentencia se trata de excluir la inscripción del derecho mencionado. Pero, en fin, puede también servir de apoyo a la sentencia, en cuanto es indiciaria de que la base de la ulterior inscripción se centra en el título inscribible más que en la previa mención del derecho.

La resolución de 30 de agosto de 1911, en una consulta del Registrador de Montilla acerca de la conversión en inscripción de ciertas menciones, señala que no puede practicarse la inscripción en base exclusiva a los datos contenidos en la mención, habiéndose de presentar, en todo caso, «los títulos originarios del derecho o los supletorios que puedan sustituir a aquéllos, como se halla declarado en la resolución de 17 de enero de 1876», con lo que refuerza igualmente la tesis de minimizar el efecto de las menciones.

B) INMATRICULACIÓN EN BASE A INVENTARIOS O RELACIONES PRIVADAS DE BIENES, EN CASO DE HEREDERO ÚNICO

Otra cuestión que se plantea es la de si debe considerarse bien practicada la inmatriculación del dominio directo basada en una relación privada de bienes suscrita por un mandatario de heredero único (9) acompañada del testamento respectivo (10).

En pro de la regularidad de tal inmatriculación, la parte recurrente

(9) En la sentencia se alude a un «supuesto mandatario» y no se hace hincapié en que se trataba de «heredero único». Pero si se inscribió el título, los principios de legalidad y de legitimación exigen considerar al mandatario como tal y no «supuesto», a menos que en la propia inscripción se diga que es un «supuesto mandatario», lo que será rarísimo. En cuanto al caso de «heredero único», si era tal, dados los términos del testamento, debió prescindirse de hablar en plural («herederos»), pues es muy distinta la situación exigible en uno y en otro caso.

(10) En relación con los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el recurrente señala que hay que estimar que el testamento iba acompañado de los correspondientes certificados. El Tribunal Supremo contesta diciendo que se olvida que el Registro Civil no se creó hasta el 17 de junio de 1870, y el de Actos de Última Voluntad lo fue por Real Decreto de 14 de noviembre de 1885, fechas posteriores al fallecimiento del testador. No deja de ser curiosa esta contestación, pero no parece tener importancia en relación con el problema planteado, aparte de que si no existían tales Registros no cabía exigir los certificados, por lo que su falta no sería un defecto de la inscripción.

alega en el motivo cuarto que el título fundamental fue el testamento (título traslativo o adquisitivo) y que la relación privada de bienes complementaba al mismo. Y en el motivo 5.º destaca la existencia de una práctica registral muy flexible en materia de inmatriculación, práctica confirmada y legitimada por la vigente legislación hipotecaria, pues, como ya dijo la resolución de 10 de marzo de 1946, no cabe exigir una prueba plena de propiedad, sino más bien la prueba de presunciones. Por todo lo cual estima que aunque la indicación del dominio directo en la inscripción primera fuera mención, la inscripción sexta suponía una inmatriculación bien practicada, que no podía considerarse nula de pleno derecho.

La sentencia contesta diciendo que no son «documentos fehacientes», justificativos de una adquisición anterior a la Ley de 1909, «los inventarios o relaciones de bienes extendidos en documentos privados y suscritos por los herederos o sus mandatarios» (resoluciones de 27 de abril de 1871, 30 de noviembre de 1897 y 30 de julio de 1908).

La relación de bienes como documento integrador del título traslativo y como documento fehaciente de una adquisición anterior

Nos parece conveniente puntualizar esta última declaración de la sentencia en relación con el caso planteado. No puede tomarse en el sentido de rechazar la relación privada de bienes suscrita por heredero único como integradora del título traslativo actual, pues la sentencia no se refiere a éste, sino al documento fehaciente de la adquisición anterior.

Tampoco puede interpretarse que haya que rechazar en todo caso, como documento fehaciente, la relación de bienes suscrita por heredero único o su mandatario (acompañada del testamento y certificados respectivos), si dicho documento es el que firmó en su día (con nota de liquidación) el causante de la actual herencia, como heredero único de un causante anterior, con lo que existiría en ese hipotético caso una duplicidad de relaciones privadas unidas a los testamentos y certificados correspondientes: por un lado, la relativa al título traslativo actual a favor del heredero único que pretende inscribir, y, además, como documento fehaciente de la adquisición anterior, la relación de bienes suscrita por el actual causante.

Entendemos que la declaración de la sentencia hay que relacionarla con el supuesto fáctico planteado, y de este modo hay que interpretarla en el sentido de que no cabe que la relación de bienes suscrita por el actual heredero único o su mandatario cumpla a la vez un doble cometido: el de integrar el título traslativo que se va a inscribir y el de servir de documento fehaciente acreditativo de la adquisición anterior. Esto es lo que debería rechazar, en definitiva, la sentencia, en lugar de producirse en ese tono genérico y algo impreciso. Por otro lado, las resoluciones que la sentencia cita a este propósito no guardan mucha relación con el caso (11). Hubiera sido mejor referirse otra vez a la resolución de 17 de enero de 1876 (12), pues aunque contempla el caso de un inventario de bienes recogido en *escritura pública*, lo importante en estos casos de heredero único no es el carácter público o privado del documento, sino el valor que pueda tener la declaración del único heredero sobre los bienes de la herencia. Por ello creemos que hay que tener en cuenta la explica-

(11) La Resolución de 30 de noviembre de 1897 se refiere a la *escritura de partición* y exige aportar un documento fehaciente justificativo de la adquisición anterior a 1.º de enero de 1863, pero actualmente predomina la tendencia favorable a la inmatriculación de la escritura de partición como título traslativo o, al menos, especificativo, y no simplemente declarativo. La Resolución de 30 de julio de 1908 no se refiere a un supuesto de herencia. En cuanto a la Resolución de 27 de abril de 1871 no hemos encontrado ninguna de esa fecha en la *Jurisprudencia Registral* de ROCA SASTRE-MOLINA JUVOL.

(12) Resolución ésta citada antes, a propósito de las menciones

ción de esa resolución en su cuarto considerando, que dice así: «Considerando que aun cuando don Domingo Ventalló ha presentado un documento, cual es el testamento otorgado por su padre, en que le instituye heredero, para acreditar que ha adquirido los bienes que constituyen su herencia, no ha justificado que en ella se hallan comprendidos los censos de que se hace mérito en la escritura de inventario formado por el mismo interesado, porque este documento no es, con arreglo a las leyes y a la jurisprudencia de los Tribunales, *fehaciente* para acreditar el dominio de los inmuebles y derechos reales, como lo demuestra que si el recurrente hubiese de reclamar alguno de los censos que figuran en el mismo, no obtendría ciertamente de ningún Tribunal la declaración de su derecho si no presentaba pruebas legales de la constitución o reconocimiento del censo hecho en favor suyo o de su causante, lo cual no sucedería si el inventario practicado por el heredero constituyese por sí solo un título de dominio acabado y perfecto.» En nuestra opinión, prescindiendo de la referencia al título de constitución o de reconocimiento del censo, acerca de lo cual ya nos hemos pronunciado antes, el criterio de esta resolución debe considerarse vigente, a pesar de haberse dictado en una época en que no existía la misma normativa en materia de inmatriculación, pues la regla 4.ª del artículo 298 del vigente Reglamento Hipotecario, que, como dice LA RICA (13), tiene plena aplicación en el caso de heredero único, bien claramente exige que se justifique que se hallan comprendidos en la herencia los bienes o derechos que se solicite inscribir por algún documento fehaciente.

En conclusión, aplicando aquella resolución y este precepto, no puede admitirse que baste para inmatricular presentar el documento, público o privado, del inventario de bienes junto con el testamento y demás certificados, pues es necesario aportar un documento fehaciente o certificación catastral acreditativos de que los bienes forman parte de la herencia.

Sólo en el sentido indicado aceptamos la tesis de la sentencia alusiva a que fue irregular la inmatriculación practicada del dominio directo. Pero lo que no compartimos de ninguna manera es la idea de que tal irregularidad es determinante de la nulidad absoluta, según veremos a continuación.

C) LA NULIDAD DE INSCRIPCIONES

La sentencia, partiendo de que se incumplieron los requisitos exigidos de modo genérico para toda clase de inscripciones, en cuanto faltaba la aportación de documentos fehacientes y, singularmente, el título de constitución del censo, señala que el supuesto encaja en la prevención del artículo 30 de la Ley Hipotecaria, siendo los asientos extendidos, tanto el primero como los que se apoyaron en él, «nulos de pleno derecho, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4 y 1.255 del Código civil, por no haber producido efectos de ninguna clase en la realidad jurídica, y debe únicamente destruirse la apariencia provocada por un título inexistente, lo que imposibilita su subsanación con arreglo al artículo 1.311 del Código mencionado, cuyo ámbito de aplicación se reduce a los supuestos de anulabilidad comprendidos en el 1.300».

(13) LA RICA considera que este número 4.º del artículo 298 del R. H es aplicable precisamente a los supuestos de heredero único o de adjudicaciones proindiviso, pues si son varios herederos y se produce adjudicación de fincas, existirá título transmissivo, con descripción de fincas, y se estará en el caso de aplicación del artículo 298, números 1.º ó 3.º En cambio, ROCA SASTRE considera aplicable el número 4.º no sólo al supuesto de heredero único, sino también tratándose de escritura de partición de herencia, al estilo de la Resolución de 30 de noviembre de 1897 Pero esta discusión no nos interesa ahora.

Los peligros de la aplicación de la nulidad absoluta en Derecho hipotecario

Consideramos excesivamente rígida la tesis de esta sentencia, consistente en aplicar la nulidad absoluta del artículo 4 del Código civil (14) a las inscripciones, a base de creer que la nulidad a que se refiere el artículo 30 de la Ley Hipotecaria es esa nulidad de pleno derecho. Este criterio resulta muy duro no ya sólo en el caso concreto debatido, sino, sobre todo, si se pretende dar a la sentencia mayor alcance, entendiendo que puede iniciar doctrina legal.

Para comprobar lo peligroso que resulta una aplicación extensiva de la nulidad absoluta a las inscripciones mal extendidas, a que se refiere el artículo 30 de la Ley Hipotecaria, y a todas las sucesivas que se apoyaron en aquéllas, pongamos primero un ejemplo. Imaginemos la multiplicidad de inscripciones practicadas allá por los años de la entrada en vigor de la primitiva Ley Hipotecaria o las que se extendieron o se extienden a poco de instaurarse una reforma legal o reglamentaria. Es de suponer que muchas de aquellas primeras inscripciones tendrían defectos similares o mayores que el que contempla esta sentencia, por lo que podrían caer en la órbita del artículo 30. Tal suposición la basamos en que los primeros encargados del Registro de la Propiedad no eran especialistas de la materia, pues no se exigían entonces las oposiciones que luego se implantaron. Aparte de esto, no hay más remedio que reconocer, dada la complejidad de la legislación hipotecaria, que cuando se produce una reforma surgen una serie de dudas interpretativas, que no siempre quedan del todo esclarecidas y otras veces la doctrina se consolida años más tarde. Hasta entonces, el Registrador se encuentra en solitario, junto con el Notario, ante el precepto legal, y tiene que dar necesariamente una solución calificando el documento en concreto, solución que podrá considerarse equivocada, pero que representa para los particulares el criterio «oficial» en materia registral, sirviendo de base para ulteriores inscripciones.

Pensemos ahora en el caos que se produciría si se generalizase y extendiese la doctrina de esta sentencia acerca de la nulidad absoluta. Muchísimas inscripciones, que han servido de apoyo a otras tantas posteriores y que ya ni siquiera se examinan por haber quedado dentro del folio registral allá en la lejanía e incluso por haberse extinguido en virtud de las sucesivas inscripciones de transferencia, podrían ser declaradas nulas ahora, como ha sucedido, en este caso, respecto a una inscripción del año 1910 sin posibilidad de convalidación, arrastrando en su nulidad a todas las demás del mismo folio, dado el clásico efecto en cadena de toda nulidad absoluta. De prevalecer ese criterio se produciría una gran inseguridad jurídica en el tráfico. Es probable que la mayoría de los interesados que a partir de ahora acudieran al Registro para inscribir su escritura de donación o de herencia prefirieran que el folio registral se encontrara en blanco, ante el temor de que en el futuro pudiera salir a relucir algún defecto—no se sabría de momento cuál—en lejanas inscripciones determinante de esa nulidad radical. De seguro que se omitirían datos registrales y se haría una nueva descripción de las fincas sin referencia al pasado, con objeto de obtener una inmatriculación al amparo del artículo 205 de la ley, que adquiriría plena firmeza a través del artículo 35.

Precisamente para evitar ese caos está la legislación hipotecaria, que actualmente fomenta la inscripción para llegar a una concordancia entre el Registro y la realidad. No sólo pretende proteger a los compradores que sean terceros hipotecarios del artículo 34, sino también a herederos

(14) Hoy habría que aludir al artículo 6º del Código, que es el que viene a sustituir al artículo 4º en el nuevo Título Preliminar. A pesar de cierto cambio de redacción, el problema es idéntico, y todo lo que decimos a continuación vale también en relación con el nuevo artículo 6º.

y donatarios de buena fe, que han confiado en el contenido del Registro y en la propia legislación, que prevé con gran amplitud la legitimación registral, la usucapción *secundum tabulas* y la rectificación de errores en las inscripciones. Fácilmente se comprenderá que todo ese sistema no puede quedar desvirtuado por una aplicación extensiva de la nulidad absoluta en materia registral, y mucho menos a través de la figura de la nulidad formal del artículo 30 de la ley.

El artículo 30 no se refiere a la nulidad absoluta

Este precepto no puede ser relacionado con la nulidad absoluta del artículo 4 del Código civil, pues antes hay que examinar cuál es la interpretación de dicho artículo en la legislación hipotecaria. Y mucho menos puede ser relacionado con el artículo 1.255, como hace la sentencia, pues esta norma del Código se refiere a los contratos, y la inscripción no es ningún contrato ni una declaración negocial. En este sentido, dicen LACRUZ-SANCHO que la inscripción «no es una declaración de voluntad», explicándolo así: «En sí, inscribir—la acción del Registrador de practicar la inscripción—no supone una manifestación negocial de voluntad ni tampoco una reproducción o verificación (*ascertainment*) del negocio, sino algo distinto: su publicación, tras un proceso de jurisdicción voluntaria destinado primero a comprobar, hasta cierto punto, la susceptibilidad del acto inscribible, según su contenido y circunstancias, para ser trasladado a los libros registrales y luego dar efectividad a este traslado» (14 bis).

Fuera ya de toda analogía entre declaración negocial e inscripción, en este aspecto llegaremos a la conclusión de que la legislación hipotecaria no considera como nulidad absoluta la nulidad del artículo 30. La salvedad que se hace diciendo «sin perjuicio de lo establecido en esta ley sobre rectificación de errores» es decisiva, pues determina la posibilidad de rectificar no sólo errores materiales, sino incluso errores de concepto, mucho después de estar extendida la inscripción. Entre esos errores de concepto pueden estar también las omisiones e inexactitudes sustanciales del artículo 9 de la ley, pues todas ellas son materia del asiento. Además, la falta de firma, por ejemplo, que es una circunstancia exigida por el número 8.º del artículo 9, determina la nulidad de la inscripción; pero esa nulidad no es la nulidad absoluta, que opere *ipso iure*, pues el artículo 319 del Reglamento Hipotecario prevé la rectificación de ese defecto tan fundamental mediante la firma posterior sin tener a la vista el título inscrito. Así lo reconoce el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de abril de 1970, diciendo que «la omisión de dicha circunstancia no produce la nulidad del asiento respectivo, siendo tal defecto susceptible de subsanación por el procedimiento de rectificación especial regulado en el artículo 319 del citado Reglamento» (15). Pues bien, si esto ocurre en relación con una de las circunstancias exigidas por el artículo 9, no se ve por qué no se va a producir algo análogo en los demás casos de dicho artículo. Todo lo cual revela que el artículo 30 no ha querido referirse a la nulidad absoluta (16).

Esta interpretación viene avalada por la importante opinión de BUENAVENTURA CAMY, que comenta lo siguiente: «Al declarar el artículo 30 de la Ley Hipotecaria qué es lo que se entiende por nulidad de las inscripciones, determina que ésta consistirá en la omisión o expresión con

(14 bis) LACRUZ-SANCHO. *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 124.

(15) Puede verse esta sentencia y un comentario mío a la misma en *R C D I*, núm. 491, página 906.

(16) Esto vale también respecto a las inscripciones defectuosas anteriores a la legislación vigente, pues, como dicen los recurrentes, habría que aplicar, en base a la disposición transitoria 3.ª del Código civil, la legislación más benigna, que sería la vigente. No obstante, parece que tampoco era la nulidad de pleno derecho la que contemplaba el artículo 30 de la Ley de 1909. En el motivo 7.º del recurso se hace un interesante estudio del problema.

inexactitud sustancial de alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9, salvo que se trate de inscripciones concisas o de aquellas otras que por su índole hubieran sido objeto de alguna excepción legal o reglamentaria, según matiza el artículo 52 del Reglamento. Pero a continuación expresa—sigue diciendo CAMY—que esa nulidad procederá 'sin perjuicio de lo establecido en esta ley sobre rectificación de errores', y si la omisión o la inexactitud puede ser rectificadora a virtud del mismo título sin necesidad de otorgarse otro nuevo estaremos ante un caso de subsanación del vicio o defecto que originaba aquélla, lo cual sólo es posible respecto a lo que es anulable, pero no en cuanto a lo que sea nulo, según dijo el Supremo en sentencia de 27 de mayo de 1968. No cabe duda, pues—concluye CAMY—, de que estamos ante un caso de anulabilidad o nulidad relativa, que presupone la validez inicial y la licitud del negocio jurídico que originó el asiento, adoleciendo sólo este último del vicio o defecto de aquella omisión o expresión inexacta» (sentencia de 25 de noviembre de 1965) (17).

El examen de la cuestión a través de la analogía con los Derechos procesal y administrativo

Desde esta perspectiva doctrinal podemos llegar también a un resultado minimizador del ámbito de la nulidad absoluta en Derecho hipotecario.

Por un lado, partiendo del problema de la naturaleza jurídica de la inscripción y del procedimiento registral, que no es cuestión intrascendente a estos efectos (18), se llega a una analogía—más o menos acentuada, según las posturas—con los Derechos procesal y administrativo en materia de procedimiento. No queremos entrar ahora en el problema en concreto: unos lo conceptúan como procedimiento administrativo; otros, como de jurisdicción voluntaria, y otros, como *sui generis*. En todo caso, ese género *sui* no implica desechar la analogía, sino todo lo contrario. No hay que olvidar que el procedimiento registral se sigue ante un funcionario público, cual es el Registrador, cuya calificación favorable termina en un «acto», que es la inscripción (emanada de un funcionario público).

Por otro lado, si examinamos la naturaleza jurídica del Derecho hipotecario, también encontraremos argumentos en pro de la analogía con las reglas del procedimiento administrativo o del Derecho procesal. FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL—citado por LACRUZ—«pone de relieve la acentuación en sus normas de interés público o social, tanto cuando regula el instrumento de actuación de la publicidad, en que consiste el servicio público del Registro, como cuando protege a los que han confiado en la situación jurídica creada por él. La expresión 'servicio público'—añade—ha de ser tomada aquí en un sentido muy amplio, comprendiendo incluso la Administración de Justicia» (19). Y no digamos nada si se sigue la teoría del Registro de la Propiedad como servicio público, patrocinada por GONZÁLEZ PÉREZ y LÓPEZ MEDEL. El propio AMORÓS GUARDIOLA (20), que tiene la convicción de que «la protección que el Registro otorga al titular que inscribe es predominantemente privada», reconoce «la existencia de intereses públi-

(17) CAMY, vol. V, 1.ª edición, 1971, pág. 67.

(18) LACRUZ-SANCIO, en cambio, creen que «hallándose previstos prácticamente todos los eventos en la legislación hipotecaria, la cuestión en torno a la naturaleza del procedimiento registral no se plantea como un *prius* para deducir qué normas le son aplicables, sino más bien al contrario: de la regulación propia (hipotecaria) ha de deducirse la naturaleza del procedimiento» «Consideración—añaden—que, sin duda, resta interés a la cuestión» (*ob cit.*, pág. 348, nota 4). Por mi parte, no estoy de acuerdo con esta opinión, y el problema que planteo es un claro ejemplo de que la cuestión de la naturaleza del procedimiento registral puede ser un *prius* para resolver el caso.

(19) Citado por LACRUZ-SANCIO, *ob cit.*, pág. 23.

(20) En su estudio *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*

cos y sociales de no pequeña entidad que aquí operan», y entiende que «quizá fuera preciso separar zonas de más directo matiz público y otras de predominante interés privado dentro de este sector jurídico». Incluso ROCA SASTRE, que cree que el Derecho inmobiliario registral es un desenvolvimiento de un grupo de preceptos de Derecho civil, advierte su relación con los Derechos procesal y administrativo de este modo: «Con el Derecho administrativo, la conexión más íntima que guarda el Derecho inmobiliario registral es respecto a la organización y modo de llevar los Registros, pues éstos, como se ha dicho antes, son órganos de la Administración del Estado, si bien al servicio del Derecho privado.» «Y con el Derecho procesal, el Derecho inmobiliario registral se halla íntimamente relacionado en lo concerniente al procedimiento estrictamente registral, como modo de producirse el Registro en su función ejercida como órgano de la Administración estatal, como actividad jurídica puesta al servicio del Derecho privado, y que participa por ello de la naturaleza propia de los denominados actos de jurisdicción voluntaria» (21).

Partiendo de estas dos perspectivas, no se negará que en materia de procedimiento, y para determinar el grado de ineficacia del acto terminal del mismo, parece más adecuado recurrir a la analogía de esas ramas del Derecho antes que a las normas dictadas en relación con las declaraciones de voluntad de los particulares.

Así se confirma la conclusión de que la nulidad absoluta debe tener escaso juego en la legislación hipotecaria.

Por ejemplo, en Derecho procesal, GUASP se plantea el problema de la ineficacia de los actos procesales preguntándose: «¿Cuándo se está, en principio, ante un caso de nulidad y cuándo ante uno de simple irregularidad? La ley española—dice—no proporciona ningún criterio general en este punto. Es muy dudoso que sea aplicable al problema procesal la norma del artículo 4 del Código civil, según la cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez, es decir, la presunción favorable a la nulidad; pero tampoco hay razones para basarse en el principio contrario y sostener que sólo son nulos los actos procesales que incurran en algún vicio en que ello se determine expresamente..» «Así, pues—concluye prudentemente—, para resolver este problema no cabe más que la interpretación particular y concreta de cada caso, con objeto de decidir en cada supuesto, a tenor de la interpretación literal y espiritual de los preceptos que sean aplicables, si se trata de una nulidad o de una simple irregularidad, lo que no quiere decir que el intérprete pueda discrecionalmente optar por una u otra conclusión» (22). Y advierte más adelante que «los actos procesales absolutamente nulos... son convalidables, esto es, cabe remediar la ineficacia producida si el ordenamiento jurídico lo permite, lo cual puede hacerse de muy variadas formas: desde la repetición del requisito omitido, pasando por la modificación del mal observado, hasta la omisión del practicado indebidamente» (23).

Y en Derecho administrativo, la conclusión es más terminante. GARRIDO FALLA entiende que «el artículo 4 del Código civil está pensado fundamentalmente para el ámbito jurídico privado; es justamente el límite que la ley impone a la esfera de la disponibilidad jurídica privada, a la 'autonomía de la voluntad'. Es el límite del 'lícito jurídico' de los particulares. Precisamente por esto, la sanción en estos casos es, con las salvedades que la doctrina señala, la nulidad absoluta, pues no de otra forma se puede sancionar en Derecho la falta de acuerdo entre ciertos actos ejecutados en interés privado y las normas que se han dictado para proteger el interés público. No siendo éste el caso, en cambio, cuando la Adminis-

(21) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 16, 6ª edición.

(22) GUASP: *Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, 1968, tomo I, pág. 291.

(23) GUASP: *ob. y tomo cit.*, pág. 292.

tración actúa, el papel que desempeña en el Derecho público el tema de las nulidades absolutas tiene que ser completamente diferente» (24). Y después señala: «En Derecho administrativo, la regla es la anulabilidad, siendo excepcionales las nulidades absolutas. El Tribunal Supremo recoge este principio en su sentencia de 21 de enero de 1936 al declarar que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades. Y ésta es la inspiración recibida por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, donde los casos de nulidad absoluta se tasan en el artículo 47, mientras que en el artículo 48 se enuncia la regla general de la anulabilidad» (25).

Ante la falta de una declaración expresa sobre nulidad absoluta en la legislación hipotecaria, nos parece correcto tomar como pauta las directrices del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo acerca de la nulidad absoluta de los actos administrativos (emanados de funcionarios públicos). Y aún más, consideramos conveniente calificar tales casos como de «inexistencia», mejor que de «nulidad absoluta», pues aunque podría pensarse que la cuestión es terminológica, la terminología en este caso puede ser interesante para destacar que sólo se debe predicar la ineficacia total del asiento en casos en que de la propia lectura del mismo se deduce prácticamente que «no existe asiento» en sentido jurídico (26).

Siguiendo, pues, las líneas marcadas por el artículo 47 de la Ley de Procedimiento, se nos ocurren como casos de «inexistencia» de asiento los siguientes:

1.º Inscripciones relativas a fincas radicantes en distinto distrito hipotecario, pues entonces se trata de inscripción practicada por órgano manifiestamente incompetente. Pero no incluimos en este supuesto la hipótesis del artículo 3 del Reglamento, ya que la incompetencia no es manifiesta, pues en los distritos limítrofes no está siempre clara la delimitación de términos municipales.

2.º Aquellas cuyo contenido sea tan contradictorio, que haya que calificarlo de «imposible». Como se comprenderá, es un supuesto insólito, pues, además, cabe intentar una interpretación adecuada, conforme al artículo 1.284 del Código civil. Otro ejemplo de este grupo podría ser la inscripción de muebles o derechos personales no inscribibles, pues en la legislación vigente cabe entender que es imposible «legalmente» que una inscripción tenga ese contenido. Otro supuesto: la inscripción de un acto nulo, cuya nulidad resulte claramente del título y de la inscripción.

3.º Inscripciones cuyo contenido es constitutivo de delito. Podría ser que se hubiera extendido una inscripción bajo amenazas. También cabría aplicar la nulidad absoluta cuando el título demostrase con claridad que se ha cometido algún delito y, a pesar de todo, el Registrador inscribiese sin tener en cuenta el artículo 101 del Reglamento Hipotecario (27).

4.º Inscripciones practicadas prescindiendo «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido». La Ley de Procedimiento es exigente: ha de existir una omisión de trámites «total y absoluta». Aplicando esta idea al campo registral, ya se comprenderá que sólo cabe hablar de ello en casos en que se hubieran cometido infracciones gravísimas, impensables (ejemplo: inscripciones sin asiento de presentación). No es, en cambio, omisión «total y absoluta» del procedimiento practicar

(24) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, 6.ª edición, 1973, vol I, pág. 476

(25) GARRIDO FALLA, *ob cit*, pág. 480.

(26) Véanse las consecuencias que obtenemos más adelante, comparando la inexistencia con la carencia de valor señalativo

(27) Recordemos el texto del artículo 101 «Los Registradores no sólo negarán o suspenderán la inscripción de todo título cuando así proceda, tomando o no anotación preventiva, sino que cuando resultare del mismo título haberse cometido algún delito, darán parte a la correspondiente Autoridad judicial, con remisión del documento respectivo, y harán constar esta circunstancia al margen del asiento de presentación»

la inscripción omitiendo alguna de las circunstancias del artículo 9 de la ley (28).

Ha de tenerse en cuenta, además de todo lo dicho, que esta tesis es perfectamente compatible con el propio artículo 4 del Código civil (hoy 6), pues la doctrina y la jurisprudencia lo suelen aplicar restrictivamente sólo cuando de la ley o precepto, en concreto, no resulte la anulabilidad u otro tipo de sanción no tan rígido como la nulidad absoluta. Y esto es lo que ocurre en la legislación hipotecaria.

La opinión de algunos hipotecaristas recientes nos servirá para reafirmarnos en nuestra tesis restrictiva sobre la nulidad absoluta de asientos registrales.

La tesis de LACRUZ-SANCHO sobre los «asientos sin valor señalativo»

Estos autores, al relacionar los conceptos de «nulidad» y «publicidad», dicen que, en materia de asientos registrales, «cualquier comparación con la teoría del negocio jurídico carece de utilidad. Los actos negociables son expresión de una amplia autonomía conferida a los particulares, y en vía general están vinculados por exigencias formales y de fondo: la infracción de esas exigencias acarrea sanciones que están en cierta proporción con su gravedad. La infracción de las reglas procesales relativas a la publicidad, en cambio, se mide con distinto criterio: lo mismo en cuanto a sus posibilidades de subsanación, que en cuanto a los efectos de ésta o del propio asiento irregular». «Tratándose de actos de publicidad—continúan diciendo—hemos de partir de principios muy distintos a los que regulan la validez y eficacia del negocio jurídico. El asiento, mientras *parezca válido*, es, al amparo de la presunción de exactitud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, eficaz para la defensa del derecho inscrito, y conforme a los artículos 40 y concordantes produce efectos frente a tercero: sólo perderá su eficacia cuando se rectifique (cancele, etc.) o—en parte—cuando se anuncie su impugnación. Si el asiento es aparentemente regular, ningún defecto o vicio elimina *ex tunc* (desde el momento de extenderse hasta que se impugna) la eficacia, que CORRADO llama *señalativa* del asiento, es decir, su valor de publicidad de una situación jurídica inmobiliaria en favor del titular inscrito y de quien de él traiga causa y reúna las condiciones exigidas por la Ley Hipotecaria: sólo cabrá suprimirla *ex nunc* desde que legalmente se la haga desaparecer. Al contrario, si un asiento no tiene materialmente cualidades señalativas, no podría atribuírselas la ley» (29).

A continuación, LACRUZ-SANCHO distinguen, a estos efectos, entre «asientos sin valor señalativo» y «asientos eficaces». Dentro de los primeros incluyen una serie de supuestos en que «el acto señalativo es totalmente inexistente; existe como realidad fenoménica, pero carece de relevancia jurídica, o le falta ésta, al menos, a los efectos ofensivos del Registro». Las demás omisiones o irregularidades se incluyen dentro de los «asientos eficaces, pues el «asiento sirve como tal, mientras no sea anulado, con que contenga los datos realmente esenciales» (30).

Nos parece muy bien esta tesis de los «asientos sin valor señalativo»,

(28) No va sólo omitir alguno de los detalles de cada circunstancia del artículo 9º, pues esto puede considerarse que es una mera *irregularidad* (concepto también tomado del Derecho Administrativo), sino la omisión de la totalidad de alguna de las ocho circunstancias de ese artículo 9º, ya que en este último caso la nulidad no tiene por qué ser la «absoluta» si no hay omisión total y absoluta de alguno de los trámites del procedimiento. Sólo en el caso que señala LACRUZ-SANCHO, en que «la insuficiencia de los datos suministrados por el asiento hace imposible la individualización de las personas de los otorgantes, las fincas o los derechos inscritos», podría aplicarse la sanción máxima». No así, en nuestra opinión, cuando la inscripción plantea alguna duda sustancial o es ininteligible, pues hay que intentar interpretarla aplicando el artículo 1284 del Código civil (en contra, LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 307).

(29) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 305.

(30) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 306.

pues guarda parecido con nuestra teoría de la «inexistencia de los asientos», que hemos estructurado antes sobre la base positiva del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

No obstante, creemos necesario puntualizar un extremo, y es que, en nuestra opinión, interesa más el valor señalativo que pueda tener la totalidad del folio registral, que el valor señalativo de los asientos aislados. Desde esta perspectiva podría darse el caso de asientos que en sí mismos no tuvieran valor señalativo, pero que esa carencia de valor quedara, en cierto modo, purificada por la práctica de otros asientos posteriores. Por ejemplo, LACRUZ-SANCHO toman como «asientos sin valor señalativo» los consignados en los libros contra las reglas de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, porque «la comparación con los demás asientos denuncia su propia ineficacia». Pues bien, nosotros creemos que hay que distinguir: si esos asientos mal practicados son los vigentes, puede opinarse como dichos autores; pero si, en base a esos asientos mal practicados, se continúa la historia registral de la finca extendiendo sucesivos asientos, ya no queda tan clara la carencia de valor señalativo de la última inscripción, que es la vigente, pues, normalmente, los interesados y el propio Registrador, al examinar el folio registral, se atienen al último asiento vigente, que es el que está bajo la salvaguardia de los Tribunales. Además, las inscripciones se extinguen por otras de transferencia, y si bien no puede entenderse que por este camino se convaliden vicios o defectos de inscripciones anteriores, no se trata propiamente de una convalidación, sino de una apariencia de «valor señalativo» del conjunto del folio registral, precisamente por medio de las inscripciones de transferencia. Con esta interpretación podría llegarse a la conclusión de que aunque el asiento, extendido con infracción de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, carezca de «valor señalativo» y no pueda servir de «justo título» a efectos, por ejemplo, del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en cambio, los posteriores de transferencia sí tienen valor señalativo y en base a ellos puede operar el artículo últimamente citado. No se trata, pues, de que las inscripciones de transferencia convaliden, por sí mismas, los vicios de la inscripción irregular, ya que si el problema se plantea antes de transcurrir diez años desde la fecha de aquéllas, no podrá entenderse que la primitiva inscripción quedó convalidada. Lo único que hacen las inscripciones de transferencia es «extinguir la inexistencia o carencia de valor señalativo de aquel asiento».

Y lo mismo podríamos decir del supuesto que señalan LACRUZ-SANCHO bajo el apartado f'), consistente en «la nulidad del título inscrito que se deduzca de la propia inscripción», para el caso de que, a pesar de todo, se hubieran practicado sucesivas inscripciones de transferencia.

Sabemos que si se aplicase estrictamente la teoría de la nulidad absoluta a las inscripciones no sería posible seguir la dirección que acabamos de apuntar, pues dicha nulidad es tan radical que no permite que de lo nulo surja lo válido. Pero, en nuestra opinión, no sólo hay que reducir los supuestos de nulidad absoluta en Derecho hipotecario en los términos propuestos, sino también evitar ese efecto de arrastre de la misma, sustituyéndola por la idea de «inexistencia» o por la teoría de la carencia de valor señalativo del folio registral, dentro de las cuales cabe esa «conversión en asientos eficaces», sin llegar a la convalidación de lo que es nulo de pleno derecho.

Y defendemos esta tesis, si se quiere algo atrevida, porque nos parece absurdo aplicar en Derecho hipotecario ese efecto de arrastre de inscripciones en cadena por causa de nulidad de una anterior muy lejana. Sería tanto como implantar una especie de «nulidad diabólica», al estilo de lo que era la *probatio diabólica* en materia de reivindicación, sólo que no con referencia al pasado, sino al futuro. Por todo lo que hemos dicho, no cabe la «nulidad diabólica» en Derecho hipotecario.

La teoría de la «nulidad aparente» de BUENAVENTURA CAMY

Otra opinión que guarda parecido con la idea de «inexistencia» del asiento y con la de carencia de «valor señalativo» del mismo es la de B. CAMY, que distingue entre nulidad «aparente» y «no aparente».

«Nulidad aparente—dice—es la que resulta del contenido de los asientos del Registro, de forma que su simple lectura (desde luego, por persona con conocimientos jurídicos) la pone de manifiesto. Así, el Registro «publicará» la nulidad, y esta publicidad hará que ella perjudique a todos los adquirentes al asiento de donde resulte. Aunque deberá tenerse en cuenta que no podrá calificarse nunca de nulidad aparente aquellas declaraciones publicadas en la inscripción a las cuales se tache de erróneas por haberlo sido la calificación o la interpretación del acto o contrato que las originaron, pues el juicio registral que fue base para la inscripción adquirió firmeza plena al no haber sido recurrido o impugnado en su momento y en la forma oportuna. La nulidad aparente será así la que resulte de una manera directa del asiento en relación con las normas legales aplicables» (31).

No cabe duda de que partiendo de la «nulidad aparente» no se llega a idéntica conclusión que con la teoría de la «nulidad absoluta». Así, a efectos del artículo 34, CAMY destaca que «si la nulidad no fuese aparente, si lo que publica el Registro tiene todas las características de situaciones válidas, la posterior declaración de que la inscripción es nula no afectará a los inscribientes posteriores que de buena fe y a título oneroso hayan adquirido algún derecho de quien aparecía con facultades dispositivas para ello, o sea, si se tratare de los adquirentes a que se refiere el artículo 34 de la ley». E incluso, a efectos de la aplicación del artículo 35, considera que si la nulidad no es aparente puede servir de justo título para una prescripción ordinaria de su derecho (32).

No obstante, todo depende del alcance e interpretación que se quiera dar al supuesto de «apariencia», pues CAMY no enumera los supuestos concretos. Tampoco defiende ese efecto de conversión que hemos apuntado. Por ello no nos atrevemos a decir que este autor está dentro de la línea que mantenemos.

Con todo lo dicho hasta ahora creemos haber demostrado que la doctrina de esta sentencia acerca de la nulidad absoluta de inscripciones no puede ser aplicada con amplitud, sino con gran restricción de supuestos y de efectos.

Consideraciones sobre el caso concreto planteado en la sentencia

Si fuera de ese planteamiento general descendemos al caso en concreto, lo primero que diremos es que el caso concreto nos preocupa menos que el de la aplicación generalizada a otros casos, y por eso hemos desarrollado ampliamente el problema en general. Pero de todos modos, siguiendo las líneas expuestas, creemos que la omisión del documento fehaciente en caso de inmatriculación no puede considerarse como un supuesto de nulidad de pleno derecho, no ya sólo por existir una tendencia flexible en materia de inmatriculación—fomentada incluso legalmente—, lo cual influye en el ánimo de los Registradores, sino, sobre todo, teniendo en cuenta que, en nuestra opinión, no se omitieron total y absolutamente los requisitos del procedimiento de inscripción. El asiento no se practicó exclusivamente en base a la mención de la inscripción primera

(31) CAMY, tomo V, 1ª edición, *ob. cit.*, pág. 66.

(32) CAMY, tomo V, pág. 87.

—lo que sí sería sancionable al máximo por falta de título—, sino en base al testamento y a una relación de bienes en supuesto de heredero único. Lo que faltaba era el documento fehaciente acreditativo de la adquisición anterior, pero no el título de constitución del censo, como señala la sentencia, pues la legislación hipotecaria, equivocada o no, mantiene la tesis del dominio dividido del censo, y desde esta perspectiva no hay más remedio que reconocer que basta un título de cesión o traslativo, sin que se exija el título originador o constitutivo del censo.

Por otro lado, ha de observarse lo ya dicho acerca de los «asientos sin valor señalativo» en relación con la totalidad del «folio registral»: que, en nuestra opinión, aun suponiendo que el primitivo asiento no tuviera valor señalativo, al haberse practicado sucesivos asientos que sí tenían tal valor, el conjunto del folio adquirió un valor señalativo, que si bien no puede servir en sí para una convalidación, sí puede servir para entender aplicable el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, llegando así a la convalidación no por las inscripciones de transferencia, sino por el transcurso del tiempo. Por tanto, frente a esa nulidad, que hemos llamado «diabólica», de arrastre, nosotros aplicamos al caso la teoría del «valor señalativo del conjunto del folio registral», que posibilita la aplicación de los principios de legitimación y fe pública y también, en base al primero, la usucapión *secundum tabulas*.

Hacia una aplicación restrictiva de la doctrina de esta sentencia

Por último, vamos a suponer que toda la argumentación expuesta no fuera convincente. Esto lo admitimos de entrada, máxime tratándose de problemas no resueltos hasta ahora. Pero siempre nos quedaría por decir que la doctrina de la sentencia debe ser aplicada con carácter excepcional y de modo muy limitado, pues es evidente que, en el fondo, ella misma se está produciendo bajo una tónica de excepción, ya que contempla un supuesto que en su sentir es un dechado de imperfecciones. Basta comprobar la lista de preceptos que considera se han infringido al practicar la inscripción, recogidos en el «considerando» tercero, transcrito al principio (arts. 14, 16, 20, 21 y 39 de la Ley de 1909; párrafo 2.º del art. 2 y número 4 del art. 9 de la Compilación de Cataluña; arts. 30 y 258 de la Ley Hipotecaria).

Por tanto, aun a quien le parezca convincente la sentencia, no le estará permitido aplicarla o alegarla en supuestos que no reúnan el mismo grado de gravedad. Y ese grado es máximo, según resulta de la propia sentencia.

Luego sólo tratándose de imperfecciones gravísimas de las inscripciones cabría aplicar la doctrina de esta sentencia sobre los artículos 4 y 1.255 del Código civil. Pero, por nuestra parte, preferimos desechar abiertamente el criterio seguido por la misma, respetando, como es natural, la opinión de nuestro más alto Tribunal, aunque no la compartamos.

D) USUCAPIÓN «SECUNDUM TABULAS»

El último «considerando» de la sentencia se ocupa de precisar el alcance del artículo 35 de la Ley Hipotecaria y sienta algunas afirmaciones que no compartimos, pues podrían dar al traste con dicho precepto, instaurado por la reforma hipotecaria de 1944-46 precisamente para «convalidar y ratificar situaciones registrales», según expresivas palabras del preámbulo de la Ley de Reforma de 1944.

La usucapión del artículo 35 de la Ley Hipotecaria no es exclusivamente tabular

Dicho «considerando» empieza bien, diciendo que en nuestro sistema no se admite «de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inmatriculación registral (32 bis), por requerirse, además, para lograr tal efecto, el concurso de la posesión efectiva del derecho real que se trate de adquirir por parte del usucapiente y la buena fe de éste en la posesión». Esto es acertado y está plenamente admitido por la jurisprudencia (33) y por la doctrina (34), que señalan como único caso de usucapión tabular pura el del Derecho austriaco.

La buena fe del artículo 35 y la del artículo 34

Pero a continuación empiezan los confusionismos cuando estudia el requisito de la buena fe del artículo 35, pues, al parecer, la confunde con la buena fe del artículo 34, diciendo que «la buena fe no opera respecto de quienes carecen de la condición de terceros a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por ser sucesores hereditarios de los primeros inscribientes». En nuestra opinión, esto es inadmisibile y gravísimo, pues supone confundir «la buena fe en la posesión» (única a la que se refiere el art. 35) con «la buena fe en la apariencia» (supuesto del art. 34) (35). Por otro lado, el artículo 35 se refiere al «titular» inscrito, no al «tercero hipotecario». Ya incurrieron en un error de cierto parecido las sentencias de 4 de octubre de 1969 y 13 de mayo de 1970, manteniendo concretamente esta última que el artículo 35 «tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien, como el actual recurrido, fue parte en el contrato que provoca la inscripción». Frente a esta jurisprudencia ya advirtió ALBALADEJO que dicho precepto, «al establecer lo que dispone sobre la usucapión en favor del titular inscrito», se refiere al «titular», sin que importe que sea «tercero» (35 bis). Lo mismo podríamos decir, a propósito de esta sentencia, añadiendo que si se incluyera el artículo 35 en la órbita del 34, se le convertiría en un precepto inútil, pues, por definición, el tercero del artículo 34 no necesita para nada de la usucapión del artículo 35, ya que su adquisición es instantánea.

Buena fe y falta de título

A renglón seguido, el Tribunal Supremo mezcla de algún modo el requisito de la buena fe con el del justo título, pues dice que aquella «no es compatible con la falta de título que debió servir de fundamento a la inscripción», y cita en tal sentido la sentencia de 26 de noviembre de 1970.

En primer lugar, para aquellos autores que interpretan el artículo 35 en el sentido de que la inscripción es el «justo título», prescindiendo del

(32 bis). Hubiera sido mejor hablar de «inscripción» en lugar de «inmatriculación», pues el artículo 35 L. H. no sólo se aplica a las inscripciones de inmatriculación.

(33) Véanse sentencias de 11 de noviembre de 1969 y 22 de junio de 1972, citadas por la presente.

(34) Dice, por ejemplo, ROCA SASTRE que no se trata propiamente de una «usucapión tabular o registral pura», pues no basta la sola fuerza del Registro para provocar dicha conversión o transformación (de la usucapión extraordinaria en ordinaria), ya que, además, requiere la posesión *ad usucapionem* efectiva extrarregistral, continuada por el mismo titular según el Registro. Por este motivo —dice— preferimos calificar el caso de usucapión *secundum tabulas*» (tomo II, pág. 10).

(35) Para el examen de estos distintos aspectos de la buena fe puede verse el libro de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, año 1965, especialmente, al hablar de las clases de buena fe subjetiva (págs. 57 a 60), así como al ocuparse de «la buena fe requerida para la usucapión» (pág. 250), y de «buena fe y apariencia» (página 262).

(35 bis) ALBALADEJO. *Derecho de Bienes*, III, vol. I, 1974, pág. 160, nota 86 bis.

título civil, no hay duda de que puede existir buena fe aun faltando título, pues la inscripción lo suple. Pero es que incluso aquellos autores que interpretan dicho precepto como una simple presunción de «justo título» reconocen la posibilidad de que sea compatible la buena fe en la posesión con la falta de título. Así, MORALES MORENO señala que «la nulidad o inexistencia del título puede ser desconocida para el sujeto por error de hecho o de derecho. La discordancia entre la configuración del título material y la inscripción es compatible con la buena fe del titular registral cuando éste, sin ser tercero, no haya intervenido personalmente en el acto adquisitivo. Es el caso del heredero del adquirente o de quien actuó a través de representante en el acto de la adquisición, si el representante, quizá con intenciones torcidas, no le dio cuenta del verdadero alcance del negocio celebrado, alcance que no consta en la escritura inscrita» (36).

Presunción de posesión del artículo 35

Más adelante, en relación con la presunción de posesión establecida en el repetido artículo, la sentencia indica que «según los hechos que se declaran probados por el Tribunal *a quo*, no se ha justificado la existencia de acto posesorio alguno por parte de los demandados con relación al censo enfiteúutico debatido». Nos sorprende esta declaración, pues si los titulares registrales están favorecidos por la presunción de posesión es evidente que no tienen por qué justificar acto posesorio alguno, pues será el que se oponga a la presunción quien tendrá que justificar que tal posesión no ha existido. Y resulta que en este caso la única prueba aportada la constituyen las certificaciones registrales, pues fue el propio actor quien delimitó desde el principio la cuestión partiendo exclusivamente del defecto formal de las inscripciones, sin entrar a discutir problemas de fondo. Bien está que se diga que la usucapión del artículo 35 no es exclusivamente tabular, pero nos parece excesivo no tener en cuenta que las presunciones dispensan de toda prueba a los favorecidos por ella. Por tanto, en lugar de la frase que emplea la sentencia, «que no se ha justificado la existencia de acto posesorio», debería haberse planteado esta pregunta: «¿Ha justificado el actor la falta de posesión del titular registral?»

Relación entre los artículos 33 y 35

Tampoco compartimos los razonamientos de la sentencia a propósito de la relación entre estos preceptos. Parece entender, al final del «considerando», que el artículo aplicable al caso es el 33 de la Ley Hipotecaria, lo que excluye la aplicación del 35. He aquí lo que dice después de haber examinado el artículo 35: «Las inscripciones son nulas de pleno derecho por haberse llevado a efecto sin la aportación del título censual inmatriculado, es incuestionable que entra en juego el artículo 33 de la ley vigente y sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1969.»

Efectivamente, fue esa sentencia la que por primera vez destacó la incompatibilidad entre los artículos 33 y 35, relegando este último al caso de actos y contratos que no fueran nulos, sino impugnables.

Pero veamos lo que nos dice ALBALADEJO en relación con esa sentencia: «No hay que tratar de evitar (como hace la sentencia) choques imaginarios entre el artículo 35 y el 33, ya que el que éste proclame que la inscripción no convalida los actos nulos, no obliga a reducir aquél a los impugnables (pensando que si comprendiese también los nulos chocaría con el 33), pues el que la inscripción valga como título, aun si es nulo el acto inscrito, no convalida éste (que sería lo que chocaría con el repetido

(36) ANTONIO M. MORALES MORENO «La inscripción y el justo título de usucapión», *Anuario Derecho Civil*, 1971, IV, págs. 1135

artículo 33), sino que, *aun continuando el acto sin convalidar*, se da valor de título no a tal acto, sino a la inscripción.»

«Y para el que estime (erróneamente)—sigue diciendo ALBALADEJO—que al dar algún valor a la inscripción del acto de algún modo se convalidaría éste, bastaría decir que si así fuera (que no lo es) no había sino aceptar que en su terreno el artículo 35 constituiría una excepción al 33.» «Por último—y esto sería objeción decisiva por sí sola—, reducir el artículo 35 a que haga título a la inscripción de actos y contratos impugnables es relegarle a un papel inútil, porque, como se ha expuesto ya, si el título es impugnado, la adquisición se produce, de forma que la usucapción ya no es precisa» (37).

Suscribimos íntegramente esta opinión, haciéndola nuestra, como crítica de la presente sentencia.

Diferencia entre los artículos 30 y 33

En cualquier caso, la alusión que la sentencia hace al artículo 33 de la ley supone un desenfoque de la cuestión, pues en el «considerando» anterior se aplica el artículo 30 de la misma, referente a la nulidad formal.

Entendemos que el artículo 33 no puede ser aplicado al supuesto de nulidad formal del 30. Este último incluye como causa de nulidad formal *la omisión del título* en la inscripción; en cambio, el artículo 33 se refiere a la nulidad material del acto o contrato inscrito, que no puede quedar convalidada por la inscripción. Lo que no puede hacerse es aplicar el artículo 33 a un supuesto del 30.

La diferencia entre la nulidad material y la formal es importante a efectos del artículo 33: cuando del examen de la inscripción se desprende que el título es nulo, la inscripción en sí misma (otra cosa es a través del transcurso del tiempo: art. 35) no lo puede convalidar (artículo 33). Pero si en la inscripción no aparece el título o éste es insuficiente, no es que el título no exista, sino que no ha sido recogido por la inscripción o que ésta se ha practicado sin tener en cuenta el título (supuesto del art. 30). En este último caso, la inscripción no hace ver la nulidad del título, sino que guarda silencio sobre él, quedando en blanco la cuestión de si existe o no título. Ante este silencio, lo lógico es intentar la nulidad formal de la inscripción (supuesto de anulabilidad); pero mientras no sea anulada hay que aplicar el principio de legitimación del artículo 38, presumiendo que el titular registral lo es a efectos del artículo 35. Por lo menos, mientras no se demuestra que el título no existe en la realidad o que es nulo. En un pleito como el presente, en que no se entró en el fondo del asunto, no parece adecuado aludir al artículo 33.

No obstante, lo que nos importa, en definitiva, en este comentario es llamar la atención sobre el sentido y la letra terminante del artículo 35, que no queda muy bien parado ni en esta sentencia ni en otras anteriores.

PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA: RECIBIMIENTO A PRUEBA. AUNQUE ES POSIBLE, EN GENERAL, LA APERTURA DE PERIODO PROBATORIO EN SEGUNDA INSTANCIA AL REMITIRSE EL ARTICULO 41 AL PROCEDIMIENTO DE LOS INCIDENTES, SIN EMBARGO, NO ES ADECUADO ABRIRLO EN EL PRESENTE CASO POR DEFECTOS FORMALES DE LA PROPOSICION DE PRUEBA (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—«Inmobiliaria Calatrava, S. A.», ejercita la acción real del artículo 41 de la Ley Hipotecaria contra don Antonio Montero Marín,

(37) ALBALADEJO, *ob. cit.* en nota 35, pág. 162.

ocupante sin título alguno de un piso del edificio «La Torre», de Ciudad Real, propiedad de la actora. El accionado formula demanda de contradicción alegando la causa 2.ª de oposición del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

Practicadas las pruebas pertinentes, el Juez de Primera Instancia de Ciudad Real estimó la acción real promovida por la Inmobiliaria, condenando al accionado a que desocupara el piso del referido edificio.

El accionado, señor Montero, interpuso recurso de apelación, solicitando por «otrosí» el recibimiento a prueba en relación con las preguntas a un testigo, que fueron declaradas impertinentes por el Juzgado, a pesar de ser trascendentales, y en relación con un documento nuevo que contenía declaraciones decisivas del Vicepresidente de la Inmobiliaria sobre la ocupación del piso en cuestión.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real no admitió el recibimiento a prueba en Segunda Instancia, dado el carácter sumario del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

El accionado interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, entendiendo que procedía el recibimiento a prueba en Segunda Instancia, conforme al procedimiento de los incidentes, al que se remite el artículo 41.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, aunque estima que es aplicable el procedimiento de los incidentes, con posibilidad de apertura del período probatorio en Segunda Instancia, declara que en este caso no ha lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que, en primer lugar, ha de rechazarse el argumento de la resolución de la Sala de Instancia, encaminado a justificar la inadmisión de la apertura del período probatorio en Segunda Instancia, apoyándolo en que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que regula el procedimiento a seguir en las acciones que se ejercitan al amparo de tal precepto, debido al carácter sumario del mismo no admite prueba de ninguna clase, lo que no es cierto, pues el citado precepto dispone que si se formulara demanda de contradicción, supuesto que se da en el caso de autos, se sustanciará ésta con arreglo a los artículos 749 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que admite y regula el recibimiento a prueba a través de los artículos 752 y 753 de la misma y, claro está, que en Segunda Instancia se halla regulada la posibilidad de la apertura de período probatorio por los artículos 893 y concordantes de la propia ley.»

«Considerando que, entrando más a fondo en el escrito del recurso, analizando el contenido del escrito a medio del cual se interpone, ha de procederse a estudiar por separado cada una de las pruebas que fueron objeto de proposición en la Segunda Instancia ...»

«Considerando que, en relación con la Segunda Instancia, en el escrito por medio del cual se llevó a cabo la petición, se solicitó de la Sala la apertura del período probatorio, apoyándolo en los números 2.º y 3.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduciendo que no había podido practicarse parte de la prueba testifical que fue propuesta en Primera Instancia por causa no imputable a su voluntad, prueba consistente en que fueron evacuadas preguntas determinadas por ser declaradas impertinentes por el Juzgado; pero no precisa, como con rigor formal exige el precepto del artículo 1.750 de la propia ley, la protesta o reclamaciones que hubiera verificado para subsanar la falta en aquella Instancia o la imposibilidad de verificarlo, según determinan los artículos 1.696 y 1.750 de la citada ley, lo que impide pueda ser estimada la petición con respecto a dicho particular de prueba.»

«Considerando que con respecto a la prueba documental, cuya aportación a los autos como tal se pretende, hay que distinguir también dos

supuestos distintos: uno, el que hace referencia a la intentada en Primera Instancia referente a los documentos obrantes a los folios 228 al 242 de autos, que ha de rechazarse, de un lado, porque en el propio escrito con que se acompañaron en Primera Instancia los documentos en cuestión se hacía expresa manifestación de que la procedencia o no de su admisión, así como si se estimaba o no procedente traerlos a los autos al amparo de lo que previene el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo dejaba al criterio del juzgador, y, de otro, porque contra el proveído de Primera Instancia, que aunque uniéndolo a los autos rechazó su admisión como prueba documental, se dan las mismas circunstancias que con respecto a la prueba testifical se han hecho constar en el precedente razonamiento, por lo que no puede admitirse su práctica en esta Segunda Instancia, y con respecto al resto de la prueba documental propuesta, para su aportación, como precisa el artículo 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es necesaria la apertura del período probatorio, que es lo solicitado por la parte hoy recurrente, sin que contra el particular de la providencia de 5 de febrero de 1974 que rechazó la admisión y acordó la devolución de los documentos que acompañó a su escrito se interpusiera recurso alguno, que la parte recurrente ni señala ni manifiesta la imposibilidad de verificarlo, ni justifica o razona suficientemente que su omisión pudiera generar indefensión, pareciendo más bien tratarse de un pretexto para dilatar la terminación del proceso dentro del que se promueve el recurso, lo que es contrario al espíritu de la ley.»

LEY DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES: EL PRESTAMO DE FINANCIACION A COMPRADOR DE UNOS CAMIONES, INSCRITO EN EL REGISTRO, TIENE LA PREFERENCIA SEÑALADA EN LA LEY, AUNQUE SE HUBIESEN RENOVADO LAS LETRAS SUSTITUYENDOLAS POR OTRAS DE IGUAL IMPORTE Y DE VENCIMIENTO POSTERIOR (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—«Financiera Ventas de Vehículos, S. A.», concedió cuatro créditos a don Rufino Trigo Torrado para la compra de otros tantos camiones «Pegaso», formalizándose los préstamos de financiación por póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa y asimismo por contrato, que se inscribió en el Registro de Reservas de Dominio y Prohibiciones de Disponer de Cádiz. Ante el impago de varios plazos por el deudor y el embargo de los camiones por otro acreedor, la Entidad «Financiera Ventas de Vehículos, S. A.», formula demanda de tercería de mejor derecho contra la Sociedad embargante, «Industrial Corchera, S. A.», y el deudor, con objeto de que se declare preferente el crédito de la actora, conforme a lo establecido en la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles.

El Juez de Primera Instancia de Algeciras estimó la demanda por el total importe de la deuda, o sea, 806.939,62 pesetas más los intereses pactados y las costas. La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia estimando también la demanda, pero consideró el crédito de 794.580 pesetas más los intereses pactados por mora.

La Sociedad «Industrial Corchera, S. A.», interpone recurso de casación por aplicación indebida del artículo 19 de la Ley de 17 de julio de 1965, estimando que este artículo es aplicable a los créditos nacidos de los pactos inscritos en el Registro, no a las renovaciones de letras que no se reflejaron en el mismo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando (2.º) que al declararse probado en la sentencia recurrida que la Entidad actora, a través de pólizas intervenidas por Agentes de Cambio y Bolsa, financió la venta a plazos de los camiones, cuya parte de precio se reclama en el proceso de que este recurso dimana; que los correspondientes contratos se extendieron en modelo oficial, inscribiéndose en el Registro de Reservas de Dominio y Prohibición de Enajenar (segundo considerando de la Sala), y que se dejaron impagados los plazos, en torno a cuyo reintegro gira la litis (tercer considerando de la Sala), y al no haberse destruido tales afirmaciones en esta fase del procedimiento, según se ha expresado anteriormente, es indudable que la acción ejercitada goza de la preferencia que para el cobro de esas sumas le otorga el artículo 19 de la Ley de 17 de julio de 1965, en relación con los artículos 1.922, número 2, y 1.926, número 1, del Código civil, puesto que en los hechos relatados aparecen los requisitos necesarios para la consecución de ese resultado, al haberse hecho constar en los respectivos contratos las circunstancias exigidas por los artículos 6 de dicha ley y 2 de las Ordenanzas de 8 de julio de 1966, al estar inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 23 y al gozar la misma de la presunción establecida en el párrafo primero del artículo 20 de la indicada Ordenanza; por lo que al haberlo entendido así el juzgador de Instancia, no ha incurrido en las infracciones que se denuncian en el segundo motivo del recurso, acogido al número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sin que a ello se oponga la alegación que en él se hace de que los plazos consignados en los primitivos contratos fueron satisfechos mediante la renovación de las letras de cambio originariamente pactadas, de acuerdo con la doctrina sustentada en la sentencia de 17 de febrero de 1959, y que las ahora reclamadas no gozan de prelación alguna, al no hallarse adecuadamente inscritas, porque ni ello se deduce de los elementos fácticos que recoge el juzgador de Instancia, por lo que el motivo hace supuesto de la cuestión y se halla incurso en la causa novena del artículo 1.729 de la Ley Rituaria, ni se expresa cuál sea el párrafo del artículo 19 de la Ley de 17 de julio de 1965, que se dice aplicado indebidamente, como es preciso para el éxito de estos vicios *in judicando*, según sentencias de 19 de noviembre y 6 de diciembre de 1974, con lo que el motivo debe ser rechazado, al igual que los cuarto y quinto del recurso, que también se apoyan en hechos distintos de los admitidos por el Tribunal *a quo*, en orden al contenido de las escrituras públicas a que los mismos se refieren, y que para lograr el éxito apetecido debieron atacarse en cuanto a su interpretación, cosa que, como no se ha hecho, origina su improsperabilidad.»

COMENTARIO.—El recurrente plantea una interesante cuestión, que puede darse en todos los casos de créditos privilegiados atendiendo a su fecha, como, por ejemplo, tratándose de créditos hipotecarios inscritos en una determinada fecha y de créditos de financiación a comprador de bienes muebles a plazos inscritos en el Registro de la Ley Especial. El problema que plantea debe encuadrarse, en el fondo, dentro de la normativa de la novación: ¿la renovación de las letras señalando distintos plazos de vencimiento supone la extinción del crédito primitivo y la constitución por otro distinto? Si se contesta afirmativamente, se llegará a la conclusión del recurrente, consistente en que la renovación de las letras no estaba amparada por el Registro al no figurar en él.

El Tribunal Supremo ha preferido no entrar en este problema, desestimando el motivo por hacer supuesto de la cuestión, entendiendo que la alegación relativa a que los créditos reflejados en el Registro habían sido satisfechos mediante la renovación de las primitivas letras no resultaba de las pruebas fácticas de Instancia.

Por nuestra parte, creemos que todo depende de que la renovación

de las letras se estime como novación extintiva o simplemente modificativa. Parece que hay que inclinarse en este caso por la novación modificativa, pues la extintiva exige que conste el ánimo o voluntad de extinguir el crédito (argumento: art. 1.204 del Código civil), y en la duda hay que inclinarse, según la jurisprudencia y la doctrina, por la modificativa. Con la consecuencia, en este caso, de que el crédito reflejado en el Registro seguía siendo el mismo y no perdía su preferencia por el hecho de la renovación de las letras.

Por tanto, el problema planteado resulta interesante, pues revela la importancia que puede tener la distinción entre novación modificativa y extintiva a efectos del Registro de Ventas a Plazos. También podría ser interesante el tema en materia de hipotecas, pero no es lugar adecuado para tratar a fondo del mismo, máxime habiendo sido eludido por la presente sentencia.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE POR «DESTINACION» DEL PADRE DE FAMILIA RESPECTO A UN PATIO PARA SERVICIO COMUN: SE DAN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Don Juan José, doña María del Sagrario y don José Antonio Suárez Aller deducen demanda contra don José Luis y don Miguel Angel García Herrero y contra don Horacio Montes Coto, alegando que los demandantes y otras personas son dueños en proindivisión de la finca que, inscrita como independiente, se describe en el Registro como «patio para servicio común de las casas que forman la manzana en el paseo de Begoña». Entre dichos titulares registrales no se encontraban los demandados. Uno de éstos, don Horacio Montes Coto, había comprado el local comercial bajo de la casa número 16 del paseo de Begoña a don Manuel Emilio, doña Aurora y don José Antonio Blanco Medina, que también aparecen como dueños del patio en cuanto a una participación indivisa, pero seguían siendo dueños de la misma, pues no la vendieron a don Horacio. A los otros demandados, don José Luis y don Miguel Angel García Herrero, se les demanda porque tenían en arrendamiento el citado local comercial, dedicándolo a la cafetería llamada «El Caballito», usando del patio común para entrada y salida de mercancías diversas destinadas o procedentes del establecimiento, expulsando hacia el patio toda clase de humos y teniendo abierta una ventana y una puerta al mismo. Suplican se dicte sentencia declarando que la finca «patio común» pertenece como finca registral independiente exclusivamente a los actores y a otros titulares que se citan en la demanda, quedando excluidos de la propiedad los demandados, y además que se declare que éstos no tienen ningún derecho sobre el repetido patio.

Los demandados se oponen entendiendo que existe derecho de servidumbre a su favor sobre el patio, pues se constituyó para el servicio común de varias casas, entre ellas la que comprende la cafetería «El Caballito».

El Juez de Primera Instancia número 1 de los de Gijón dictó sentencia estimando sólo parcialmente la demanda, declarando que el patio pertenece en copropiedad a los titulares registrales que señala la demanda; pero desestimó el segundo pedimento, referente a que los demandados no ostentan ningún derecho sobre el patio.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo confirma la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la llamada por las doctrinas francesa e italiana 'constitución de servidumbre por destinación' del padre de familia o del propietario común tuvo su origen en los postglosadores, que admitieron que cuando el propietario de dos fundos destinaba uno de ellos al servicio del otro con signos visibles, se entendía constituida la servidumbre por el hecho de dejar de pertenecer ambos predios al mismo propietario, sin que se hiciera constar manifestación contraria, y así ha pasado a nuestro Código por el doble conducto de la legislación extranjera y de la jurisprudencia y aparece formulado en el artículo 541, que dispone que 'la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se expresare lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura'».

«Considerando que la doctrina científica y la jurisprudencia dan a la voz 'enajenar', a estos efectos, un sentido amplio, comprendiendo en él tanto la enajenación a título oneroso como la realizada a título gratuito, la enajenación total como la parcial, y además la división de una sola finca» (sentencias de 6 de febrero de 1904, 17 de noviembre de 1911, 10 de abril de 1929, 10 de octubre de 1957 y 30 de octubre de 1959).

«Considerando que en el supuesto de que el causante de una herencia haya afectado unos fundos para prestar ciertos servicios en favor de otros, estableciendo los correspondientes signos externos aparentes de servidumbres, éstas se constituyen precisamente en el momento en que sus herederos realizan la partición y prestan su conformidad a que persistan tales signos, conformidad que pueden manifestar de modo expreso, haciéndolo constar, o de manera tácita, guardando silencio sobre ello, sin hacer desaparecer aquellos signos.»

«Considerando que esto es lo que olvidan los recurrentes al formalizar su recurso, haciendo descansar todos los motivos de él en la tesis contraria, por lo que tales motivos nacen ya condenados al fracaso, porque en el caso de autos los herederos de don Luis Truan han manifestado de *manera expresa su conformidad* en que el patio siguiera siendo común y que continuara prestando aquellas servidumbres como si el padre siguiera viviendo, por lo que aparecen cumplidos los requisitos que la jurisprudencia señala para que se cree la servidumbre regulada en el referido artículo 541 del Código civil.»

«Considerando que en el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia un supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, que se pretende demostrar con la invocación de la certificación registral obrante en autos, con la cual, en tesis de los recurrentes, 'se evidencia y manifiesta inequívocamente que don Luis Truan no creó la situación de copropiedad, sino que sus herederos, al hacer la partición..., fueron quienes constituyeron la servidumbre'».

«Considerando que para la desestimación de este motivo basta tener en cuenta: Primero: Que la sentencia recurrida lo único que afirma es que 'la situación jurídica tiene su origen en su propio destino, que fue expresamente fijado por el primitivo titular del dominio', y esto no lo

contradicen las certificaciones registrales invocadas. Segundo: Que quienes constituyeron las servidumbres litigiosas, según dicha sentencia, fueron los herederos al formalizar la partición, que era el momento en que efectivamente, por mutuo acuerdo, podían constituir las o hacerlas desaparecer.»

«Considerando que el motivo segundo del recurso acusa la violación del artículo 597 del Código civil, según el cual 'para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios'; pero tal motivo tiene que decaer porque los propios recurrentes, en el motivo anterior y apoyándose en la certificación registral invocada, reconocen que fueron todos los interesados quienes las constituyeron, haciendo constar, de mutuo acuerdo, que 'todos los herederos tendrán iguales derechos de luces, vistas, aguadas (*sic*), puertas y tránsito y demás servicios sobre el patio común'.»

«Considerando que también tiene que perecer el motivo tercero, en el cual se denuncia la aplicación indebida del artículo 541 del Código civil al caso litigioso porque, como ya queda razonado, este precepto exige dos series de actuaciones, que aquí se han realizado: la del destino por el causante y la manifestación expresa de sus herederos, dando su conformidad a que el patio común siga prestando todos aquellos servicios a todas las casas de la manzana que lo circundaba.»

«Considerando que igualmente tiene que ser desestimado el motivo cuarto del recurso, porque en él se denuncia la violación del artículo 1.281 del Código civil, en relación con los 530 y 536 del mismo Cuerpo legal; como los mismos recurrentes reconocen, en él, 'en la partición de bienes de don Luis Truan, sus herederos—no el causante—consignaron expresamente, y así figura inscrito..., un condominio—documento número uno de la demanda—, que es finca independiente en el Registro de la Propiedad, bajo el tenor literal de 'patio para servicio común de las casas que forman la manzana de casas del paseo de Begoña', correspondiente a la herencia de don Luis Truan'; los recurrentes, como bien claramente se advierte, olvidan que el verdadero acto por el cual nacen a la vida del Derecho las servidumbres litigadas, es precisamente ese de la partición, según ya queda razonado, pues sin él, aunque el causante lo hubiera dispuesto, podía ser incumplido ese mandato si todos los herederos estaban conformes en que no subsistiera la afectación ordenada de que ese fundo proindiviso prestase ciertas servidumbres en favor de las casas de la aludida manzana.»

COMENTARIO.—El supuesto de hecho de esta sentencia consiste en una partición de herencia en que un patio, que tiene sobre sí el signo externo de servicio común en favor de otras casas establecido por el causante, es adjudicado en copropiedad a favor de todos los herederos, siendo la alegación fundamental del recurso que el artículo 541 del Código civil no es aplicable porque la *constitución de una copropiedad* sobre el patio implica voluntad contraria a la *constitución de la servidumbre*, voluntad contraria a la que hace referencia el último inciso de dicho artículo.

Teniendo en cuenta esto vamos a examinar dos tipos de problemas:

1.º Si la constitución de una copropiedad sobre el patio a favor de todos los herederos implica o no una voluntad contraria a la constitución de la servidumbre del artículo 541 del Código civil.

2.º Si dicho precepto es aplicable cuando la división de las fincas, supuestamente dominante y sirviente, se realiza adjudicando cada una de ellas en proindivisión a favor de los mismos herederos.

Primer problema.—Relación entre la constitución de una copropiedad y la voluntad contraria a la servidumbre del artículo 541 del Código civil. Parten los recurrentes de que el Tribunal de Instancia ha incurrido en

un contrasentido al haber admitido que se constituyó una copropiedad sobre el patio a favor de todos los herederos y no excluir la servidumbre, «pues no cabe al tiempo declarar un condominio y una servidumbre como fruto de la misma voluntad y origen». Alegan aplicación indebida del artículo 541, porque «el propio título de constitución de la supuesta servidumbre, recogido en la declaración de propiedad o parte dispositiva de la sentencia, expresa lo contrario a la presunción de una servidumbre por destino, cual es la formación de un proindiviso o copropiedad». O sea, parece que quieren decir que si todos los herederos pueden usar del patio común como dueños (copropiedad), debe excluirse que puedan usar de él a título de servidumbre.

El Tribunal Supremo no contesta directamente a esta alegación, sino que la da por contestada diciendo que el artículo 541 del Código civil es aplicable al caso por darse los requisitos del mismo y, concretamente, por haberse producido una manifestación expresa de los interesados en el sentido de que el patio continuara prestando los servicios comunes, al aludirse a que «todos los herederos tendrán iguales derechos de luces, vistas, aguadas (*sic*), puertas y tránsito y demás servicios sobre el patio común». Es más, no sólo no se ocupa de las relaciones entre copropiedad y servidumbre sobre una misma finca, sino que se permite manejar con cierta libertad las expresiones de los recurrentes sobre esta cuestión, pues en el «considerando» 5.º se dice que, en tesis de los recurrentes, fueron los herederos «al hacer la partición... quienes constituyeron la servidumbre», cuando lo que éstos indican es que «al hacer la partición fueron ellos quienes constituyeron no una servidumbre, sino la finca 'proindiviso' y la copropiedad». Y en el «considerando» 7.º insiste la sentencia en que los propios recurrentes reconocen que fueron todos los interesados quienes constituyeron las servidumbres, cuando lo que éstos señalan es que constituyeron una copropiedad.

En estas condiciones, se producen dificultades para el comentarista a la hora de buscar matices en esta sentencia. Hemos visto que los recurrentes se refieren a la adjudicación en «proindiviso» del patio como una expresiva manifestación de voluntad *contraria* a la constitución de una servidumbre. Y el Tribunal Supremo no se ocupa de ese problema directamente, sino que destaca otros aspectos del caso reveladores de que hubo manifestación de voluntad expresa y positiva de servidumbre.

Con lo cual queda la duda de qué opina el Supremo sobre el problema planteado por los recurrentes y de si la doctrina de esta sentencia será o no aplicable al caso en que los herederos practican la partición adjudicándose una finca en proindivisión a favor de todos ellos, como aquí ocurrió, pero sin figurar en la escritura de partición de herencia declaraciones «expresas» relativas a la servidumbre, a diferencia de lo que, al parecer, aquí sucedía. En el «considerando» 3.º se alude a la manifestación tácita de los herederos, al silencio de los mismos, sin hacer desaparecer los signos de servidumbre. Pero se trata de un «considerando» introductorio de carácter general, y lo cierto es que la *ratio decidendi* se centra después en el hecho de haberse producido una manifestación expresa de servidumbre. ¿Y si no hubiera habido tal manifestación expresa, sino el simple hecho de constitución de una copropiedad sobre el supuesto predio sirviente, guardando silencio sobre la servidumbre? ¿Es guardar silencio, a efectos del artículo 541, constituir una copropiedad a favor de todos los herederos sobre el supuesto predio sirviente?

En nuestra opinión, lo importante en estos casos no es que haya una manifestación positiva expresa de servidumbre, siempre discutible, sino que no haya habido una declaración terminante y clara de signo contrario a la servidumbre. En los casos normales de constitución voluntaria de servidumbre es imprescindible la declaración expresa, pues el dominio se presume libre; pero en el caso del artículo 541, existiendo el signo

externo, la servidumbre se constituye, a no ser que se manifieste terminantemente lo contrario. Claro que si hay manifestación expresa favorable a la servidumbre, ya no hay necesidad de plantearse si hubo o no declaración contraria a la servidumbre. Pero lo discutible en estos casos es eso precisamente, si hay manifestación expresa de servidumbre. Es más seguro recordar que el artículo 541 lo que exige es que no haya declaración en contrario. Y desde este punto de vista, y contestando ya a los recurrentes, entendemos que la constitución de una copropiedad no implica necesariamente voluntad contraria a la servidumbre sobre la misma finca. Ambas instituciones no se excluyen: la relación de COPROPIEDAD se manifestará en el uso del patio común por parte de todos los conductores, con aplicación del régimen de mayorías del artículo 398 del Código civil en cuanto a su administración, y con la posibilidad de ejercitar sus facultades dispositivas sobre el mismo, construyendo, por ejemplo, de común acuerdo, sótanos bajo el mismo, en cambio, la relación de SERVIDUMBRE se manifestará en los servicios que el patio puede prestar a los titulares del edificio colindante: paso, luces, vistas, desagüe, y que son perfectamente compatibles con los servicios que proporciona a los dueños del mismo patio.

En definitiva, aunque el Tribunal Supremo ha preferido eludir el problema planteado por los recurrentes, diciendo que el artículo 541 del Código civil es aplicable por haberse producido una manifestación expresa de servidumbre, entendemos que hubiera bastado insistir en la falta de declaración contraria a la servidumbre, no siendo tal, a efectos del citado artículo, la constitución de una copropiedad a favor de todos los herederos sobre el patio sirviente. Ello siempre que el predio dominante no se hubiera adjudicado en proindivisión a favor de los mismos herederos y en idéntica proporción, pues entonces se hubiera producido una servidumbre de propietario. Pero éste no es el caso de la sentencia, según veremos ahora.

Segundo problema.—El artículo 541 del Código civil y la división de fincas dominante y sirviente con adjudicación de las mismas en proindiviso.

En el «considerando» 2.º, el Tribunal Supremo recuerda la amplitud de la voz «enajenar» del artículo 541, comprensiva incluso de la división de finca. Entendemos que esta interpretación amplia es acertada, pues en el citado precepto hay dos expresiones que se complementan y explican recíprocamente: «enajenar» y «separación de propiedades». Para evitar repetir la voz «enajenar», el artículo 541 utiliza la expresión «separación de propiedades», por lo que puede interpretarse que al precepto le interesa propiamente la «separación de propiedades» más que la enajenación en sentido técnico. Pero, a su vez, «la separación de propiedades» hay que interpretarla matizándola con la palabra «enajenar», a la que viene a sustituir en dicho artículo, para concluir que no se trata de una simple división o separación de «propiedades», sino de una separación de «propietarios», de una modificación de titularidades.

Ahora bien: en relación con el supuesto planteado, la declaración de este «considerando» 2.º tiene un carácter introductorio y más bien es *obiter dictum*, pues nadie discutía en el caso el problema de si el artículo 541 es o no aplicable a la división de cosa común ni el de la amplitud de la voz «enajenar». Por ello consideramos adecuado no centrarse en esa declaración ni recogerla como doctrina de esta sentencia, máxime habiendo abundantes sentencias sobre el mismo problema que se pronuncian de modo más decisivo.

Para que realmente tuviera interés esa declaración tendría que haber puntualizado que se trataba de un caso de DIVISION DE FINCA con ADJUDICACIONES EN PROINDIVISION a favor de los herederos de

las fincas resultantes, planteándose así la cuestión de titularidades coincidentes en predio dominante y sirviente y el problema de la servidumbre de propietario. Pero para haberse pronunciado sobre este tema, el recurso tenía que haber aludido de modo terminante a estos problemas, y aunque en el fondo del mismo latan estas cuestiones, sólo se recogen de pasada, por ejemplo, en el motivo segundo, en que se dice que «es imposible la servidumbre sobre cosa propia conforme al brocardo *nemini res sua servit iure servitutis*, en nota fuertemente destacada de dos predios y dos dueños». Se alude también al artículo 530 del Código civil, pero no como artículo directamente infringido por la sentencia de Instancia, sino como relacionado con el 597 del Código civil, que es el que se señala como infringido. Ante estas alusiones de pasada era difícil que el Tribunal Supremo destacase el problema.

Habrà que esperar, pues, a futuras sentencias para conocer la opinión del Tribunal Supremo acerca de la aplicación del artículo 541 a los supuestos de división de finca con adjudicación en proindiviso de las resultantes (dominante y sirviente) a favor de varios titulares que coinciden en uno y otro predio de alguna forma.

No obstante, adelantaremos ya nuestra opinión sobre este problema distinguiendo tres hipótesis, a efectos del artículo 541 del Código civil:

1.^a *Adjudicación en proindivisión de las dos fincas a los mismos herederos y en la misma proporción.*—En este supuesto se forman dos fincas independientes, pero, en nuestra opinión, no se cumple el requisito de la «separación de propiedades» exigido por el artículo 541, pues éste no se refiere a la «separación de propiedad en sentido objetivo de formación de dos fincas», sino en el sentido subjetivo de constitución de distintos propietarios en una y otra. Ello es así porque tal expresión, según dijimos, hay que relacionarla con la voz «enajenar», que de algún modo alude a modificación de titularidades, y, en todo caso, porque si no se formaría una servidumbre de propietario, prohibida por el artículo 530 del Código civil, pues según este artículo la finca «dominante» no ha de pertenecer a «la misma comunidad» que la de la finca sirviente. Y si el patio se hubiera adjudicado a los mismos titulares que el edificio colindante y con la misma distribución de cuotas, se daría la servidumbre de propietario.

Por tanto, no cabe en este supuesto aplicar el artículo 541. Pero ¿es éste el caso de la sentencia? Parece que no, pues el patio estaba adjudicado a favor de todos los herederos, pero el edificio colindante en cuestión no se había adjudicado a todos ellos, sino sólo a algunos.

2.^a *Adjudicación en proindivisión de las dos fincas a los mismos titulares, pero en distinta proporción.*—En este otro caso, a diferencia del anterior, aunque haya identidad de titulares en uno y otro predio, la distribución de cuotas es diferente respecto a cada finca. Aquí sí podría interpretarse que hay separación de propiedades, a efectos del artículo 541, pues las fincas dominante y sirviente no pertenecen a la «misma comunidad» (empleando la expresión del art. 530). Hay una diferencia de titularidades y ello excluye la servidumbre de propietario, por lo menos en la medida en que falte la coincidencia de tales titularidades. Ejemplo: si el patio sirviente pertenece a tres titulares por iguales terceras partes indivisas, y el edificio dominante corresponde a los mismos titulares, pero con distribución de dos terceras partes indivisas a favor de uno y la otra tercera parte para los dos restantes, habría coincidencia de titularidad en cuanto a dos terceras partes indivisas, pero respecto a la otra tercera parte indivisa no habría servidumbre de propietario.

3.^a *Adjudicación en proindivisión de las dos fincas a distinto número de titulares, aunque en parte coincidan.*—Este parece ser el caso de la presente sentencia: el patio se había adjudicado a todos los herederos

y cada uno de los edificios colindantes se adjudicó a algunos de ellos. El resultado era que el edificio colindante en cuestión pertenecía a menos titulares que el patio, con lo que la coincidencia de titularidades en uno y otro predio era sólo parcial no sólo por el número de titulares, sino por la proporción de cuotas de las comunidades existentes en finca dominante y sirviente.

Pues bien, si en el caso anterior hemos interpretado que existe separación de propiedades, aquí debe admitirse con mayor amplitud y aplicar el artículo 541 al supuesto planteado, por lo menos en tanto en cuanto no coincidan las participaciones indivisas en propiedad en uno y otro predio.

Por tanto, en nuestra opinión, se cumple en el caso de la sentencia el requisito de la separación de propiedades del artículo 541, por lo que no es procedente alegar, como hacen de pasada los recurrentes, la idea de servidumbre de propietario.

LA TRADICION HA DE SER LA REAL Y NO LA INSTRUMENTAL CUANDO SE TRATA DE ADJUDICACIONES AL ACREEDOR DE BIENES MUEBLES CORPORALES SUBASTADOS JUDICIALMENTE, NO ADQUIRIENDOSE LA PROPIEDAD SOLO POR LA ENTREGA DEL TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACION, SINO QUE DEBE COMPLETARSE POR LA ENTREGA MATERIAL DE LOS BIENES (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Don Juan María López de la Fuente formula demanda de tercera de dominio sobre unas cajas de *whisky* contra la Entidad «Naviera Santa María, S. A.», y contra los Interventores Judiciales de la suspensión de pagos de dicha Naviera, alegando que en juicio ejecutivo seguido contra la misma por impago de una deuda obtuvo sentencia de remate a su favor, siéndole adjudicadas por el Juzgado número 5 de Bilbao, en ejecución de sentencia, las referidas cajas de *whisky*, adquiriendo, según el actor, la propiedad por la entrega que se le hizo del testimonio del auto judicial correspondiente. Por ello suplica se dicte sentencia declarando el dominio del actor sobre las cajas de botellas, condenando a sus actuales poseedores a respetar la propiedad y a la entrega de las mismas.

Los demandados se oponen contestando que existe ciertamente un crédito a favor del actor, pero no ostenta un derecho de propiedad sobre las cajas, pues fue suspendida judicialmente la diligencia de entrega debido a que anteriormente se habían embargado los bienes en procedimiento de apremio seguidos por otros acreedores, encontrándose las cajas depositadas en el Juzgado donde se seguían esos procedimientos.

El Juez de Primera Instancia número 17 de los de Madrid desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, por infracción del párrafo 2.º de los artículos 1.462 y 609 del Código civil y por violación de la doctrina legal de las sentencias de 17 de abril de 1917, 22 de marzo de 1946 y 4 de mayo de 1965, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la única cuestión a resolver, por estar íntimamente relacionada con la motivación del recurso, es la de si el auto de adjudicación al recurrente de las cajas de *whisky* embargadas en el juicio ejecutivo, que promovió contra la Sociedad recurrida, constituye por sí solo

título de dominio suficiente y eficaz para la prosperabilidad de la tercera, de la que deriva el recurso, como sostiene aquél, o no lo es, porque al no haber sido entregados dichos bienes al ejecutante, tercerista y recurrente, no es equiparable la tradición instrumental, que implica el auto de adjudicación, a la real, criterio de la Sociedad recurrida aceptado en la sentencia impugnada.»

«Considerando que, evidentemente, la tradición fingida que supone la escritura pública de compraventa o el auto de adjudicación de bienes, a la cual se refiere el número segundo del artículo 1.462 del Código civil, puede equipararse a la entrega real de la cosa vendida o adjudicada cuando una u otro no resultare lo contrario, es decir, esa equivalencia está basada en una presunción legal *juris tantum*, que, como tal, puede ser destruida. Ahora bien: en el caso de autos lo que verdaderamente tiene excepcional relevancia y significación es la naturaleza de los bienes adjudicados y que la adjudicación se verificó por no haber concurrido postor en el procedimiento de apremio para la ejecución de la sentencia recaída en el proceso ejecutivo ya mencionado, porque, de conformidad con la doctrina de esta Sala establecida en las sentencias de 26 de junio de 1946 y 20 de octubre de 1961, 'en las adjudicaciones y venta de bienes muebles corporales subastados judicialmente, en ejecución de sentencia, rige la presunción contenida en el párrafo primero del artículo 1.462 del Código civil', según la cual se entiende entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador, norma que está de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1.509 de la Ley Procesal Civil, que expresamente 'ordena la entrega de los bienes subastados al adjudicatario y que firme el recibo en los autos', lo que es lógica consecuencia de la necesidad procesal de que en las actuaciones conste en todo momento en poder de quién se encuentran materialmente los bienes embargados y subastados; así, pues, la tradición exigida respecto a los bienes muebles objeto de la tercera no es la instrumental, sino la real, la cual, según doctrina de esta Sala (sentencias de 10 de abril de 1927 y 15 de igual mes de 1947, entre otras—, es la establecida en el párrafo primero del artículo 1.462, ya citado; forma de tradición no verificada con relación a los bienes adjudicados al recurrente, según las afirmaciones de hecho consignadas en el considerando primero de la sentencia recurrida, que han de ser aceptados al no haber sido combatidos eficazmente. Los dos motivos del recurso, amparados en el ordinal primero del artículo 1.692, consistentes en violación del artículo 609 y párrafo 2.º del 1.462 de igual ley sustantiva civil, y en infracción, por igual concepto, de la doctrina establecida en las sentencias que se citan, son inviables, porque en ellos se contempla y razona el supuesto de la equivalencia de la tradición simbólica a la real, no aplicable al caso de autos por lo ya expresado; por tanto, no puede atribuirse al auto de adjudicación de bienes muebles corporales la eficacia de justo título de dominio, lo que determina la inexistencia de uno de los tres requisitos esenciales establecidos por la doctrina de esta Sala, interpretativa del artículo 348 del Código civil, que impide la actuación favorable de la pretensión procesal.»

COMENTARIO.—Antes de esta sentencia había dos soluciones distintas en la jurisprudencia acerca del problema de si el auto de adjudicación de bienes muebles en procedimientos de apremio lleva o no consigo la tradición de los mismos. La presente sentencia se sitúa en una vía media, pues acepta la solución de la segunda dirección jurisprudencial, pero no excluye la otra solución para supuestos diferentes.

a) Por un lado, están las sentencias de 17 de abril de 1917 y de 22 de marzo de 1946, que alega el recurrente en el motivo segundo (1). Am-

(1) La otra sentencia que se cita en el recurso, la de 4 de mayo de 1965 (*Aranzadi*, núm. 2.441,

bos entienden que el auto de adjudicación implica la tradición partiendo de una equiparación entre el mismo y la escritura pública, a efectos del párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil.

Así, la sentencia de 17 de abril de 1917 (2), en un supuesto de adjudicación de unos valores al acreedor en pago de su crédito, dice en el «considerando» 2.º lo siguiente: «Que la adjudicación en pago es el medio legal de hacer dueño al acreedor de los bienes y derechos del deudor en las mismas condiciones que éste lo fuese y produce iguales efectos que la entrega material, cual si la hubiese efectuado el mismo dueño de los bienes, ya que por su resistencia la realiza en forma simbólica el Juez..., y por dicho auto judicial pasaron los acreedores... a ser propietarios de aquellos valores con los mismos derechos que tuviesen los ejecutados, o sea, los poseedores a título de dueños..., y, por tanto, se hallan en condiciones de ejercitar acciones reivindicatorias, a las que no se opone, tratándose de bienes considerados como muebles, la falta de tenencia material, según ha declarado anteriormente esta Sala, de donde se desprende lógicamente la improcedencia de los motivos 1.º, 2.º y 3.º del recurso, que supone infringidos los artículos 430, 438 y párrafo 1.º del 464 del Código civil y 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto se basan y fundamentan en la falta de tradición u ocupación y entrega material de las acciones, para negar sin éxito la posesión obtenida por actos y formalidades legales, conforme admite el artículo 438, invocado por el propio recurrente.»

La sentencia de 22 de marzo de 1946 (3) se refiere a un caso de adjudicación judicial de dos créditos, con entrega del correspondiente testimonio como título de propiedad, a pesar de lo cual se enajenaron torticeraamente esos créditos a otra persona. Por ello se interpone la tercera de dominio, en base al citado título judicial de adjudicación. La sentencia dice que «equiparados los remates en las subastas judiciales a los contratos de venta, su aprobación y la expedición del correspondiente testimonio por el funcionario asistido de la fe pública judicial competente equivale a la entrega de la cosa vendida, dándose con ello cumplida y recta aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil».

b) Por contra, las sentencias de 26 de junio de 1946 y 20 de octubre de 1961 exigen que se produzca la entrega material de los bienes muebles, sin la cual no se produce la tradición, a pesar de haberse entregado el testimonio del auto de adjudicación.

La sentencia de 26 de junio de 1946 (4), en un supuesto de nulidad de la adjudicación judicial de unos títulos de depósito de la Deuda Pública que no pertenecían al deudor, dice lo siguiente: «Que en las adjudicaciones y ventas de bienes muebles subastados judicialmente en ejecución de sentencia, no es de aplicación más que en casos especiales, y como norma supletoria, lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil, según cuya disposición se entenderá entregada la cosa mueble vendida, si se hace la venta mediante escritura pública, cuando se otorgue la escritura, si de la misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario, sino que rige, por regla general, lo prevenido con el mismo carácter en el párrafo 1.º de dicho artículo, según el cual se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador, y esto es así no sólo por el carácter primordial que el Código civil reconoce a este precepto, sino por las propias disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el párrafo segundo del artículo 1.509 expre-

página 1489), creemos que no tiene relación con el caso, pues no se refiere para nada al auto judicial, sino al problema general de la falta de tradición por no haber mediado escritura pública.

(2) *Jurisprudencia Civil*, tomo 140, pág. 88.

(8) *Aranzadi*, núm. 273 de 1946, pág. 186.

(4) *Jurisprudencia Civil* tomo XV, 2.ª serie, pág. 455.

samente ordena la entrega de los objetos muebles subastados al adjudicatario o comprador por el depositario y que firme sus recibos en los autos, mandato que es lógica consecuencia de deber hallarse los bienes muebles siempre a disposición del Juzgado que los subasta, conforme a lo prevenido en los artículos 1.409 y 1.410 de la misma ley, y de la necesidad procesal de que en las actuaciones conste en todo momento en poder de quién se encuentran materialmente los bienes embargados y subastados.»

Por tanto, los argumentos de esta sentencia son dos: 1.º Que en materia de bienes muebles, la regla general es la tradición real prevista en el párrafo 1.º del artículo 1.462 del Código civil, y la regla supletoria es la tradición instrumental del párrafo 2.º de dicho artículo. 2.º Que el artículo 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresamente ordena la entrega de los bienes muebles subastados al adjudicatario o comprador.

Sobre estos discutibles argumentos volveremos después.

La sentencia de 20 de octubre de 1961 (5), en un caso de demanda de tercería de dominio sobre maquinaria industrial, en que se alega como título el auto de adjudicación al acreedor en pago de su crédito, frente al embargo realizado por el Instituto Nacional de Previsión y la Mutua, se mantiene el embargo por débitos anteriores a aquella adjudicación, no prosperando la tercería, porque «lo que acredita el testimonio judicial aducido» es que «aquellos bienes quedaron en igual situación que antes tenían, y que antes tuvo lugar el apremio por débitos de los seguros sociales, pero al no realizar el recurrente acto alguno de disposición respecto de ellos, se estimó por la Sala de Instancia que continuaban siendo de la propiedad del industrial, que había de satisfacer las cargas de carácter laboral» («considerando» 4.º). Por todo ello se refiere el «considerando» 7.º a la anterior sentencia de 26 de junio de 1946, «al exponer que en las adjudicaciones y ventas de bienes muebles subastados judicialmente en ejecución de sentencia rige la presunción contenida en la norma primera del artículo 1.462 del Código civil, 'según la cual se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador', norma que está de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que expresamente ordena 'la entrega de los bienes subastados al adjudicatario y que firme su recibo en los autos', 'lógica consecuencia de la necesidad procesal de que en las actuaciones conste en todo momento en poder de quién se encuentran materialmente los bienes embargados y subastados'».

Se recogen, pues, los dos preceptos aducidos por la anterior sentencia de 26 de junio de 1946.

c) Con la presente sentencia de 2 de noviembre de 1974 se esclarecen algunos puntos en relación con las dos posiciones existentes. El Tribunal Supremo sigue ahora una vía media. Adopta la solución de la segunda dirección jurisprudencial, pero la puntualiza y concreta de tal modo, que la hace compatible con la doctrina de la primera dirección, según los supuestos.

Para esta sentencia, dadas las especialidades del caso planteado, el testimonio del auto de adjudicación no es suficiente para la adquisición de la propiedad, necesitándose la tradición real de la cosa. Hasta ahora la doctrina es igual que la de las sentencias de 26 de junio de 1946 y 20 de octubre de 1961. Pero hace las siguientes puntualizaciones para la aplicación de dicha doctrina: a) que la solución indicada es para supuestos de bienes muebles *corporales* subastados judicialmente, y b) que la adjudicación se hizo al *acreedor en pago de su crédito*, por no concurrir postor en la subasta. Ninguna de estas puntualizaciones se encuentra en aquellas sentencias, que se refieren simplemente a los bienes muebles subastados

(5) *Aranzadi*, año 1961, núm. 3.608, pág. 2355.

judicialmente, sin aludir para nada a que ha de tratarse de bienes corporales ni a la cuestión de si la adjudicación se hizo al acreedor o a un tercero.

Por otro lado, la presente sentencia advierte al principio del segundo «considerando», como norma general y a modo de *obiter dictum* explicativo (6), que los testimonios de autos de adjudicación se equiparan a las escrituras públicas, a efectos del párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil, al estilo de lo que declararon las sentencias de la primera dirección jurisprudencial de 17 de abril de 1917 y 22 de marzo de 1946, dictadas en casos de bienes muebles *incorporales*, según hemos visto. Este *obiter dictum* demuestra también que el Tribunal Supremo sigue ahora una vía media.

En definitiva, esta sentencia de 2 de noviembre de 1974 sólo en apariencia sigue la segunda dirección jurisprudencial. Aplica la misma argumentación y solución (pues cita los arts. 1.462 del Código civil y 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero restringe su ámbito de aplicación, permitiendo así dar entrada para otros casos a esas primeras sentencias de 1917 y 22 de marzo de 1946.

Desde el punto de vista técnico cabe discutir la argumentación utilizada por esta sentencia y por las anteriores de 26 de junio de 1946 y 20 de octubre de 1961. No resulta convincente relacionar el artículo 1.462 del Código civil con el 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para deducir que es aplicable al supuesto debatido el párrafo primero del artículo 1.462, en lugar del párrafo segundo. Debe observarse que el artículo 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento es una norma de carácter adjetivo meramente procesal, que tan compatible es con el párrafo primero como con el segundo del artículo 1.462 del Código civil. No se ve por qué la «entrega», a que hace referencia el artículo 1.509, ha de ser la «tradición», ya que lo lógico (al ser una norma meramente procesal) es que se refiera a una mera «puesta en posesión» de la cosa, como trámite final del procedimiento, sin excluir que la tradición (instrumental) se haya producido anteriormente. Creemos que para resolver un problema de la tradición hay que atender sólo a preceptos sustantivos, como es el artículo 1.462, en el que se admiten indistintamente dos formas de tradición, la real y la instrumental, sin aludir para nada a la preferencia de una u otra en atención a la naturaleza de los bienes.

Sin embargo, teniendo en cuenta las peculiaridades del caso planteado, consideramos acertada la solución dada por el Tribunal Supremo. La fundamental especialidad del supuesto, a nuestro modo de ver, es que se trataba de una adjudicación en un procedimiento de apremio, sin estar depositados los bienes muebles embargados en el Juzgado que siguió ese procedimiento, sino en distinto Juzgado, en el que se había seguido el embargo a instancia de otros acreedores. Ciertamente, parece un poco fuerte que por terminar antes el procedimiento de apremio en uno de los Juzgados, con la consiguiente expedición del testimonio del auto de adjudicación, se vaya a adquirir la propiedad, dejando en entredicho y en completa inutilidad las subastas y resultados del otro procedimiento de apremio referente a un embargo preferente. En supuestos como éste parece lógico seguir la postura de la sentencia.

Por tanto, creemos que a la hora de citar la doctrina de la presente sentencia no puede quedar en silencio esa singularidad del caso debatido, lo que indudablemente hará más excepcional la doctrina de la misma.

En cambio, lo que no es tan decisivo, a nuestro juicio, es que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor en pago de su crédito por no haber postores en la subasta. Desde luego que es más grave el problema cuando se adjudica la cosa al acreedor, pues entonces no se

(6) En varios comentarios hemos aludido al valor que pueden tener los *obiter dicta* para precisar negativamente la doctrina del fallo

obtiene dinero en la subasta con el que poder compensar a otros acreedores, quizá preferentes, y además suelen ser adjudicaciones por debajo del valor de la cosa. Pero cuando la adjudicación es a favor de un postor, el problema puede ser similar, ya que quizá no se obtenga tampoco dinero suficiente, aparte de que en la subasta del otro procedimiento ha podido llegarse a un precio superior, más interesante a efectos de resolver el problema de todos los acreedores.

Lo importante es atender al Juzgado donde estén depositados los bienes («los bienes deben hallarse siempre a disposición del Juzgado que los subasta», dice la sentencia de 26 de junio de 1946, antes examinada). Y la razón de que cuando no se hallen a disposición del Juzgado que los subasta no sea aplicable el párrafo segundo del artículo 1.462 se encuentra, a nuestro modo de ver, en la interpretación jurisprudencial de dicho precepto, sin necesidad de acudir al artículo 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que si se recurre a ese artículo, lo mismo habría que pensar en todos los supuestos, y la sentencia sólo lo admite tratándose de bienes muebles *corporales*. Se suele interpretar el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil, en relación con el párrafo primero, en el sentido de que sólo será posible la tradición instrumental cuando el vendedor se encontrase previamente en posesión de la cosa. Pues bien, en las adjudicaciones judiciales, el Juez actúa en «representación» (entiéndase esta palabra en sentido técnico o en sentido vulgar) del deudor, por lo que si la cosa está depositada en otro Juzgado mal podrá entenderse transmitida la posesión por el mero auto judicial. Por eso, en tales casos no sería apropiada la tradición instrumental. La presente sentencia sólo roza esta argumentación en el «considerando» 2.º cuando dice que la equivalencia entre escritura o auto y entrega real de la cosa «está basada en una presunción legal *juris tantum*, que, como tal, puede ser destruida». Pero, en definitiva, no desarrolla esta idea, pues se centra únicamente, según hemos visto, en la naturaleza corporal de los bienes muebles y en el hecho de tratarse de una adjudicación a favor del propio acreedor.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CONTRATO DE OPCION DE COMPRA CON PACTO ACCESORIO A FAVOR DEL OPTANTE DE ENTRADA EN LA POSESION MEDIANTE EL PAGO DE UNA RENTA: ESE PACTO ACCESORIO NO CONSTITUYE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, POR LO QUE DEBE SEGUIR LA MISMA SUERTE EXTINTIVA QUE EL PRINCIPAL DE OPCION. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Don Anselmo Arenillas Alvarez formula demanda contra don Francisco Bermeosolo Giménez sobre declaración y reivindicación de propiedad y reclamación de cantidad, estableciendo en síntesis: que era propietario del piso segundo de la finca urbana situada en la calle San Leonardo, número 12, de Madrid; que había celebrado contrato de opción de compra del referido piso con el demandado, habiendo transcurrido el plazo estipulado sin que hubiera ejercitado la opción, a pesar de lo cual se negaba a abandonar el piso. Suplica se dicte sentencia declarando que el contrato era de opción de compra y que se había extinguido el derecho del demandado por haber transcurrido con exceso el plazo estipulado, por lo que debía dejarlo libre y abonar la cantidad de 1.643.000 pesetas, según el contrato.

El demandado contestó a la demanda oponiéndose y formulando renconvención, por entender que existía un contrato simulado de arrendamiento, que subsistía a pesar de haberse extinguido la opción.

El Juez de Primera Instancia número 27 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda, pero fue parcialmente revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital, pues interpretó que existía contrato de opción de compra y, al mismo tiempo, un contrato de arrendamiento de vivienda de la misma cosa, que debía continuar vigente.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara haber lugar al recurso en la primera sentencia por lo siguiente:

«Considerando que la voluntad, que es la creadora del contrato, constituye verdaderamente la esencia, el principio activo y generador, pudiendo no solamente engendrar negocios jurídicos en los límites y bajo las condiciones que le asigna el Derecho positivo y, por consiguiente, producir efectos jurídicos, sino aun los que quiere que sean, penetrando en el mundo del Derecho no solamente 'por qué' han sido queridos, sino 'cómo' lo han sido, y si surgen dificultades de interpretación, si el Juez debe intervenir un día para determinar la naturaleza y la extensión de las consecuencias de un negocio jurídico, no se dirigirá para declarar el derecho a las reglas objetivas, superiores a las voluntades individuales, sino que deberá indagar la voluntad de los autores del negocio, la que dictará la solución del litigio.»

«Considerando que por ello las formas contractuales, figuras nítidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes, fin de los contratos, se propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes, y a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales previstas por la ley o por la teoría, a la variedad de deseos y necesidades que puede presentarse en la realidad, responde el artículo 1.255 del Código civil, que proclama el principio de autonomía de la voluntad justamente con sus límites naturales, afirmando rotundamente, respecto a los contratos, el artículo 1.091 que las obligaciones que nacen de ellos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, y en las reglas referentes a la interpretación, rindiendo particular homenaje a dicho principio, los artículos 1.281 y 1.282 se inspiran en la supuesta común intención de los contratantes, declarando el artículo 1.289 que si las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo (sentencias de 5 de noviembre de 1957, 13 de mayo de 1959, 3 de mayo de 1960, 6 de abril de 1963, 2 de noviembre de 1965, 14 de junio de 1966 y 16 de mayo de 1964).»

«Considerando que una de las manifestaciones de la libre adaptación indicada es la posibilidad de fusión de dos figuras contractuales de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto, pero que también pueden unirse por la voluntad de los interesados, insertando una de ellas como condición, estipulación, antecedente o complemento de la otra, quedando confundidas en un solo contrato (mixto) por la unidad de fin, no del formal de las relaciones jurídicas derivadas del convenio, sino del real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas, causa para cada uno de ellos, en los onerosos, según el artículo 1.274 del repetido Código civil.»

«Considerando que la opción de compra, precisamente por tener esa naturaleza, obliga al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el transcurso del plazo pactado (aspecto negativo de la obliga-

ción contraída) y a realizar la venta a favor del aceptante, si éste usa dentro de tal plazo su derecho de opción (aspecto positivo), por lo que es generalmente de condición unilateral, salvo que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga, no hallándose regulada específicamente en el Código civil, sino sometida a las disposiciones generales que acerca de las obligaciones y contratos se contienen en los títulos I y II del libro IV de dicho Código, en relación con las que regulan la materia o derechos sobre que la opción recae, como ha declarado la jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 10 de julio de 1946, 17 de octubre de 1971, 22 de junio de 1966, 17 de diciembre de 1966 y 22 de abril de 1972), lo que muestra la imposibilidad de someterla a normas que no convienen a su esencia propia, ya que su perfección depende, de modo exclusivo, de la aceptación del optante, que realizada dentro del plazo establecido constriñe al titular del derecho al cumplimiento y fija definitivamente las recíprocas obligaciones que sobre esa base han de exigirse después (sentencias de 23 de marzo de 1945 y 18 de mayo de 1955).»

«Considerando que la aplicación de la doctrina legal expuesta al caso de autos hace estimables los motivos tercero y sexto, que denuncian, respectivamente, la violación de los 1.255, aquél, y 1.281, 1.282 y 1.283 del Código civil, éste, pues las partes pueden configurar el contrato de opción, en aras del principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1.255 de nuestro primer Cuerpo legal, con toda la amplitud que estimen necesaria, siempre que no rebase los límites preceptivos de las leyes, la moral y el orden público, siendo sólo nulos los actos realizados contra lo ordenado en las leyes preceptivas, lo que no ocurre porque el optante entre en posesión de la finca antes de haber transcurrido el plazo para el ejercicio de la opción, sobre todo cuando para concederle este derecho se ha pactado un canon de mantenimiento de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, por lo que ese desplazamiento posesorio, válido como pacto accesorio, ha de seguir la suerte del precontrato de opción de compra y no puede considerarse como independiente, según mantiene la sentencia recurrida, separándose de las pretensiones de los litigantes, ya que el demandado defendía la existencia de un contrato simulado del arrendamiento del piso, declarando la Audiencia 'que no hay antecedentes, en absoluto, que muestren la existencia de un solo contrato de arrendamiento al que se ha dado la forma de opción de compra para eludir las limitaciones legales de la renta', lo que hubiera indudablemente motivado la aceptación del vicio de incongruencia de no haberse inadmitido los dos primeros motivos por defecto formal, procediendo, por tanto, la estimación del motivo tercero, como asimismo la del sexto, ya que el problema que entraña la interpretación de los contratos, dada la importancia que reviste conocer la intención que las partes tuvieron al establecer el nexo que las une con obligaciones vinculantes y exigibles, permite llegar al campo de la casación por el cauce formal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se alega la equivocación padecida al examinar las cuestiones de Derecho derivadas del contrato, lo cual ha de hacerse con sujeción a las reglas establecidas en los artículos 1.281 al 1.289, materia que permite que la Sala resuelva con amplia libertad, cualquiera que sea la opinión del Tribunal sentenciador, siendo evidente que en el caso de autos, pese a la complejidad del contrato, aparece la opción de compra como el objeto del mismo, sin estar causalmente ligado al pacto de desplazamiento posesorio, que existe, por el contrario, como accesorio, según resulta de la intención de las partes manifestada por los términos del documento y actos anteriores y posteriores...»

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

PARA QUE LA CONFESION JUDICIAL PUEDA EVIDENCIAR UN ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA ES PRECISO QUE CONTRADIGA CLARAMENTE LAS BASES FACTICAS QUE HAN TOMADO LOS JUZGADORES (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Don Julián suscribió un documento por el que reconocía adeudar a don Antonio más de dos millones de pesetas. Impagada tal deuda, el acreedor demanda a don Julián, quien niega la existencia del reconocimiento de deuda. Condenado el demandado al pago de la obligación, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida.

Doctrina de la sentencia.—Es reiterada la doctrina legal, que establece que para que la confesión judicial pueda evidenciar un error de derecho en la apreciación de la prueba es preciso que las contestaciones que a tal fin se invoquen contengan unas afirmaciones claras, rotundas y concretas, que contradigan y sean incompatibles con las que los juzgadores han tomado como bases fácticas de su resolución, sin que, por tanto, sirvan para ello manifestaciones de las que haya que deducir conclusiones de una u otra naturaleza.

PARA QUE EXISTA INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION HACE FALTA UNA VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE AL CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Vendido un piso con precio a satisfacer en varios plazos y garantizado con condición resolutoria, se produjo, según los hechos declarados probados, una situación de impago creada por el vendedor al negarse al cobro de un plazo. A renglón seguido, el propio vendedor demanda la resolución del contrato de compraventa. El demandado fue absuelto.

Doctrina de la sentencia.—En los motivos primero y tercero se denuncia violación por inaplicación del artículo 1.091 del Código civil en relación con la condición resolutoria expresa contenida en el contrato, que en opinión del recurrente no fue valorada en sus justos términos por el juzgador cuando estimó que por referirse a la obligación accesoria de abono de los intereses pactados no podía entrar en juego el mecanismo de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil, olvidando que la resolución que se recurre no se reduce a emplear ese argumento, sino que declaró «acreditado que la falta de pago de los intereses fue creada voluntariamente por el recurrente», lo que impide la resolución por incumplimiento, tanto si es expresamente pactada como si es consecuencia de las reglas generales de los artículos 1.124 y 1.504 citados, ya que siempre, y de acuerdo con la constante y reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, se requiere no sólo el hecho en sí del incumplimiento, sino la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que en este caso no existió.

REQUISITOS PARA QUE EN UN CONTRATO DE SEGURO SEA APLICABLE LA «REGLA PROPORCIONAL» (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Una productora cinematográfica contrató con una compañía de seguros para cubrir los gastos extraordinarios que se le causaran por enfermedad, accidente o muerte del director o de la primera actriz; du-

rante el rodaje de la película enfermó el director, lo que produjo retrasos y gastos a la productora. La aseguradora es condenada a indemnizar, pero no todos los gastos, sino sólo parte proporcional de ellos.

Doctrina de la sentencia.—Para que en un contrato de seguros sea aplicable la llamada «regla proporcional», admitida por la doctrina científica y algunas legislaciones extranjeras e introducida en nuestro ordenamiento jurídico respecto a los casos de incendio, y para que se dé lugar, como consecuencia de ella, a que el asegurador limite la responsabilidad que le incumbe al sobrevenir un siniestro a resarcir tan sólo la cantidad que resulte de la comparación entre la suma asegurada y el valor real del interés garantido por el contrato, es preciso que concurran y queden debidamente acreditados, entre otros, los siguientes requisitos: Primero: Que la cantidad asegurada sea inferior al valor real del objeto del seguro, es decir, que lo pactado constituya un verdadero «infraseguro» o «subseguro»; habrá de tenerse en cuenta que estos contratos son de resarcimiento de daños y no deben constituir fuente de ingresos para el asegurado. Segundo: Que el siniestro que origina el nacimiento de la indemnización sea parcial y no total, puesto que si la cosa asegurada pereciera por completo, el asegurador estaría obligado a satisfacer la cantidad a cuyo pago se hubiera comprometido. Tercero: Que se trate de un riesgo que tenga un límite en la indemnización. Cuarto: Que, salvo casos de incendio, la póliza contenga la adhesión del asegurado al imperio de tal regla por constituir dicho documento la ley de los contratantes.

LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL NO ES SUBSIDIARIA, SINO DIRECTA (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Durante una cacería a un menor se le disparó su escopeta, hiriendo a otro cazador y causándole lesiones que le imposibilitaron permanentemente para ejercer su trabajo. El perjudicado demanda al menor a su tutor, que son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—La doctrina de esta Sala viene declarando que la responsabilidad derivada del artículo 1.903 del Código civil, en sus diversos apartados, en cuanto a aquellos que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra determinada, así como emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.

Se apoya la sentencia en el hecho de no haberse adoptado por el tutor, en relación con el menor, todas las medidas necesarias para evitar que éste originara un daño por su falta de idoneidad, y el precepto mencionado le sitúa a aquél como un titular subsidiario defectivo de un haz de deberes y derechos igual a los integrantes de la patria potestad, entre los que se halla el deber de «educar» común a los padres y tutores, deber éste que se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico.

La responsabilidad se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite en debida forma haber actuado con la diligencia y cuidado que requerían las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes en el caso concreto de que se trata.

CONFESION JUDICIAL: NO ES DOCUMENTO AUTENTICO A EFECTOS DE CASACION (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada doctrina de esta Sala, no es documento auténtico a efectos de casación la confesión judicial, ni tampoco el mismo documento que el juzgador tuvo en cuenta para emitir su fallo.

Según tiene declarado la jurisprudencia, no procede la casación contra el juicio dado por el Tribunal *a quo*, en virtud del conjunto de las pruebas, cuando, cual aquí acontece, el recurrente pretende impugnarlo por el resultado aislado de alguna de las probandas, a la que pretende imprimir fuerza preponderante sobre las demás.

Igual suerte desestimatoria han de correr los motivos tercero, cuarto, quinto y séptimo porque, fundados en el número primero del artículo 1.692, en ninguno de ellos se respetan las declaraciones de carácter fáctico de la sentencia recurrida, y partiendo de los hechos que sienta por su cuenta el recurrente, que son contrarios a los establecidos por el juzgador, construye sobre tales supuestos de hecho las infracciones legales que denuncia, lo que es inaceptable para fundar y lograr la casación.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Con arreglo al artículo 96, en relación con el 87, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra el auto que dicten en apelación las Audiencias desistiendo de la inhibitoria, sólo se dará el recurso de casación por quebrantamiento de forma, en su caso, esto es, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, una vez fallado el pleito, en definitiva.

Es doctrina constante de este Tribunal que no basta con que en el escrito de interposición del recurso de casación por quebrantamiento de forma se exprese el número del artículo 1.693 de dicha ley en que se halle incluido, sino que es indispensable también que se consigne el precepto legal que se considere conculcado.

OBLIGACIONES: CARACTER DEL ARTICULO 1.125 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Entre las partes se celebró un contrato de compraventa de una partida de automóviles, que debían ser satisfechos mediante letras de cambio. Impagadas algunas cambiales, el vendedor demanda al comprador. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.125, relativo al cumplimiento de las obligaciones a plazo, así como los 1.108 y 1.100 del Código civil, no son valorativos de pruebas. En cuanto a la violación del 1.125 e interpretación errónea del 1.129, el primero de ellos, que sienta el principio general de las obligaciones a plazo, no es el aplicable, sino el 1.129, que fija la excepción para el caso de colocarse el deudor en situación de voluntaria insolvencia antes de vencer el plazo y que, conforme a los postulados de hecho, ha sido rectamente interpretado, y en cuanto a la aplicación indebida del 1.100, porque ha sido correctamente aplicado al condenar no sólo al pago de lo debido, sino al de los intereses de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda, ya que la totalidad del crédito estaba vencido cuando se interpuso.

**POR ENCIMA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE UN CONTRATO
ESTAN LAS NORMAS GENERALES DE OBLIGADO ACATAMIENTO
(SENTENCIA DE 8-DE ABRIL DE 1975).**

Hechos.—Don Antonio vendió a don Manuel una parcela de terreno, sometida tal venta a la condición resolutoria de que el comprador debía edificar en la finca adquirida en plazo no superior a un año. Cumplido ampliamente tal plazo sin haberse construido, el vendedor demanda la resolución del contrato. Pero el comprador es absuelto, pues aún no estaba aprobado el plan parcial de urbanización.

Doctrina de la sentencia.—No pueden prosperar ninguno de los dos únicos motivos del recurso, en los que, haciéndose caso omiso de las limitaciones a la construcción en las zonas urbanizadas, se combate, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, la tesis de la Instancia, alegando en el primero la violación del artículo 1.091 del Código civil, en relación con los artículos 1.255, 1.278 y 1.506 del mismo Cuerpo legal, alusivos a la libertad de contratación, a la fuerza obligatoria de los contratos y a la posibilidad de su resolución, y en el segundo, la aplicación indebida del 1.258, perfección de los contratos, en relación con el 1.256, alusivo a no quedar su cumplimiento a merced de una de las partes, pues por encima de la voluntad de las partes, a lo que aluden dichos artículos, están las normas generales de obligado acatamiento, en virtud de las cuales, al no remover el vendedor los obstáculos que impidieron la aprobación del plan parcial de ordenación y el proyecto de urbanización pertinente, le fue denegada al comprador de la parcela la autorización para edificar.

**ALCANCE DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL: PARA QUE SE
PRODUZCA LA RESOLUCION DEL VINCULO CONTRACTUAL DEBE
PATENTIZARSE UNA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO
DE LO CONVENIDO (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1975).**

Doctrina de la sentencia.—Es bien cierto que la resolución impugnada señala como causas de incumplimiento del contrato aquellas que hacen referencia a hechos que, como el de no haberse otorgado escritura pública de adjudicación por parte del cesionario a favor de los cedentes, y el de no haberse ajustado lo entregado a las medidas superficiales y situación de lo verdaderamente mencionado en el contrato, no lo es menos que esos incumplimientos no pueden incluirse en la letra y espíritu del artículo 1.124 del Código civil, porque independientemente del concepto que se deduzca respecto a la naturaleza de las obligaciones—accesorias o complementarias—que no fueron elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad, y ese carácter es precisamente el que tienen aquellas causas que la resolución arbitral califica de incumplidas, no lo es menos que ya la doctrina de este Tribunal viene sentando que para fijar el alcance del artículo 1.124 citado es preciso tener en cuenta que este precepto normativo de la llamada «acción de resolución» responde a un principio de equidad, según el cual, dada la condición recíprocamente subordinada de las obligaciones bilaterales, es razonable liberar a cualquiera de las partes intervinientes de las que privativamente les incumben cuando la contraria deja incumplidas las suyas, pero siempre evitando que se pronuncie la «resolución del vínculo contractual» en aquellos supuestos en que no se patentice de una forma clara una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido, y como en el caso del presente recurso la escritura de adjudicación que se pretende por los cedentes constituye una formalidad, que aunque no esta-

blecida en el contrato, se hace necesaria y conveniente, como complementaria que es, a los efectos de la transmisión operada, es obvio que no puede afirmarse que el cesionario incurriera en un verdadero y formal incumplimiento en el modo y forma que exige el artículo 1.124 del Código civil, por lo que no lleva en sí una resolución del contrato.

SIMULACION DE CONTRATOS: NO PUEDEN LOS ORGANOS JURISDICCIONALES QUEDAR PRIVADOS DE LA FACULTAD PARA DECLARARLA (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Los actores habían subarrendado una casa para destinarla a residencia para universitarios. Demandan luego la nulidad del contrato de arrendamiento y que se les reconozca a ellos como los auténticos arrendatarios. Se estimó la demanda y el recurso de los demandados no es acogido.

Doctrina de la sentencia.—El requisito de la congruencia no exige que el Juez haya de amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que las declaraciones del fallo tengan la eficacia jurídica necesaria para quedar resueltos todos los puntos objeto del debate.

Como ya proclamó esta Sala, la contradicción requiere que el fallo recurrido, no sus fundamentos, abarque varios extremos, por lo que en el fallo de Instancia que abarque uno solo no puede sostenerse que existan disposiciones contradictorias.

En opinión de los recurrentes, se pone de manifiesto el grave error cometido por la sentencia al no valorar en su verdadera eficacia el contenido de los dos contratos; éstos, argumentan los recurrentes, no adolecen de ninguna clase de defectos, reúnen todos los requisitos esenciales y han venido produciendo plenos efectos, por lo que no se pueden tachar de simulados. Como tiene declarado la jurisprudencia: a) el error de derecho, que ampara el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es en la estimación de la prueba y no en la interpretación; b) el error de derecho, con infracción de los artículos 1.216 y 1.225 del Código civil, relativos a la eficacia de los documentos públicos y privados reconocidos legalmente, no existe cuando en la sentencia recurrida no se niega el valor probatorio de los documentos citados en cuanto a los hechos que en ellos constan, y lo que se hace es no darle la interpretación y el alcance que pretenden los recurrentes; c) el error de derecho en la apreciación de las pruebas sólo se da cuando en la sentencia se infringe algún precepto legal de los que determinan el valor que debe concedérseles, no teniendo por ciertos los hechos que con esas pruebas se patentizan; pero no hay tal error cuando de lo que se trata no es de la certeza y realidad de esos hechos, sino de la trascendencia y eficacia que puedan tener, siendo realmente lo que se impugna la interpretación que se da a los actos cuya realidad en esa forma se justifica.

La Sala sentenciadora no niega que se hubiesen plasmado en los documentos invocados lo que en ellos se afirma, sino que proclama, en uso de sus facultades jurisdiccionales, que esas declaraciones de voluntad allí exteriorizadas no fueron las queridas por las partes que las profirieron, que es cosa completamente distinta. Si fuera cierta la tesis que los recurrentes propugnan en este motivo, resultaría inimpugnabile todo negocio jurídico que se hubiese constatado en documento público o en documento privado autenticado, y quedarían privados los órganos jurisdiccionales de la facultad de declarar la simulación de aquellos negocios, que su realización había sido en fraude de ley o que envolvían algún negocio fiduciario.

INCONGRUENCIA: CABE DIRIGIR EL RECURSO POR INCONGRUENCIA CONTRA LOS CONSIDERANDOS SI SON PREMISA DETERMINANTE DEL FALLO (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Don George y don Gobind suscribieron un contrato privado para montar un negocio en común. Una vez en marcha el mismo—una bolera—, y con ocasión de una ausencia de don George, su consocio le impidió a partir de tal momento el acceso al local y a la contabilidad. Demanda don George que se eleve a escritura pública el documento privado y que se le indemnicen los daños y perjuicios. En la Instancia se condenó al demandado a otorgar la escritura pública y a que rinda cuentas de su administración al actor. El Tribunal Supremo estima el recurso de don Gobind, al que condena únicamente al otorgamiento de escritura pública, pero no a la rendición de cuentas, pues este extremo no había sido solicitado por el actor.

Doctrina de la sentencia.—El principio de congruencia, tal y como ha venido interpretándolo esta Sala a través de una copiosa jurisprudencia, implica, en último término, una normativa que limitando las facultades del Tribunal, le constriña a resolver según los términos en que el debate se plantea, habida cuenta las pretensiones de los litigantes deducidas en el momento procesal oportuno, siendo preciso cuando se trata de discernir si una resolución es o no incongruente, formular un juicio comparativo para deducir si el juzgador se acomodó a las pretensiones que le fueron formuladas por el actor y tuvo en cuenta también la oposición y mostrándose, en resumen, fiel al contenido del debate, tanto por lo que se refiere a las personas intervinientes como a los términos en que se sostuvo aquél, en relación con el objeto del pleito y acción o acciones ejercitadas. Conforme a reiterada doctrina de esta Sala, constituye norma general de interpretación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la congruencia de las sentencias deba circunscribirse únicamente al fallo de las mismas y no a los fundamentos jurídicos o de hecho, si bien, como excepción a la expresada regla general, se ha estimado también que en circunstancias especiales, si los considerandos influyen esencialmente en el fallo por ser premisa determinante del mismo, cabe dirigir el recurso de incongruencia también contra ellos. Si bien la doctrina de esta Sala tiene declarado que no es preciso para que la identidad entre las pretensiones y el fallo se produzca que los pronunciamientos de éste coincidan literalmente con aquéllos, ni está vedado tampoco que la fundamentación jurídica sea diversa, se halla condicionado a que ello no implique una alteración en la causa de pedir y su congruente fundamentación de derecho, pues lo que no puede hacerse es prescindir totalmente de las pretensiones del actor y construir una tesis propia al margen de los términos de la discusión o en que ha sido planteado el debate, y coincidente con este criterio, la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 1974 declara que es incongruente la sentencia que ordena la práctica de una rendición de cuentas no pedida por las partes.

*

NO PUEDE RECONOCERSE LA EXISTENCIA DE UNA COMUNIDAD ENTRE TITULARES DE DERECHOS DE DISTINTA NATURALEZA, COMO SON EL USUFRUCTO Y LA NUDA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—En el motivo segundo se acusa la interpretación errónea del artículo 392 del Código civil partiendo del supuesto de que entre el derecho de usufructo atribuido al demandado sobre la mitad

de las fincas, a que este juicio se contrae, y la nuda propiedad que se adjudica a la actora sobre la misma mitad, más el pleno dominio sobre la otra mitad, integra una comunidad de aquellas a que se refiere el precepto citado; pero dicha apreciación o argumentación en que se basa el motivo, como ya expresó la sentencia de esta misma Sala de 5 de junio de 1929, y lo ratifica la de 14 de diciembre de 1973 con cita de la primera, es opuesta al concepto y esencia de la comunidad de bienes, que requiere que los derechos que estén en común sean de la misma e idéntica naturaleza, no pudiéndose reconocer la existencia de una comunidad entre titulares de derechos de distinta naturaleza, cuales son el usufructo, la nuda propiedad y el pleno dominio, que, a lo sumo, como dice la sentencia citada, podrá motivar una incidencia de titularidades jurídicas sobre un mismo objeto, pero en modo alguno una comunidad en su sentido estricto.

REQUISITOS PARA LA EXTINCION DE LA FIANZA. BENEFICIO DE EXCUSION. CARACTER SUBSIDIARIO DE LA FIANZA, AUNQUE SEA MERCANTIL (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—La Entidad «Suplana, S. A.», suministraba materias primas a la Compañía «Plasford, S. A.». Don Leandro M. Z. había afianzado el pago de las materias primas a la Entidad suministradora. «Plasford, S. A.», se declaró en suspensión de pagos, y en el concurso de acreedores, en el que participó «Suplana, S. A.», se convino en concederle a la Entidad suspendida un aplazamiento para el pago de las deudas. Don Leandro demanda a «Suplana, S. A.», solicitando se declare extinguida la fianza. La Compañía demandada reconviene al actor exigiéndole el pago de la deuda afianzada. La Audiencia declaró no haber lugar a la demanda ni tampoco a la reconvencción, reconociendo a favor de don Leandro el beneficio de excusión implícitamente alegado. Los recursos de ambos litigantes fueron desestimados por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Para que una fianza pueda declararse extinguida, por aplicación del artículo 1.851 del Código civil, es preciso que con relación a ella concurren los siguientes requisitos: A) Que la deuda garantizada sea líquida y exigible y no se refiera a operaciones futuras que produzcan indeterminación respecto de su cuantía y plazo de vencimiento, para evitar que de otra forma entre en juego lo dispuesto en el artículo 1.825 del mencionado Cuerpo legal. B) Que dicho plazo se haya prorrogado voluntariamente y de forma expresa por el acreedor, sin que, a tal fin, sea suficiente con la mera tolerancia de éste en percibir con retraso el pago de lo adeudado. C) Que el fiador no haya prestado su consentimiento a dicha prórroga, por lo que carece de acción para invocar el precepto mencionado quien la propuso o quien hizo gestiones para su concesión, consintiendo de modo más o menos explícito, pero cierto.

El beneficio de excusión únicamente producirá el efecto de enervar la obligación del fiador de satisfacer el importe de la deuda garantizada, en los casos que proceda, cuando, además de reunir los requisitos legales exigidos a tal fin, haya sido opuesto por dicho señor oportunamente en el pleito o, como dice la jurisprudencia de esta Sala, con relación a los problemas que deben resolver los acuerdos judiciales, durante el período expositivo del mismo, y no en escritos distintos a los que se regulan en los artículos 524, 540 y 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y mucho menos en los que se presentan después de constituida la relación jurídico-procesal, porque si esto último sucediera o el indicado beneficio se aplicara de oficio por los Tribunales, se produciría una verdadera incongruencia, con infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de la misma ley, y se

provocaría la indefensión del otro litigante, que se vería impedido para formular sus alegaciones y utilizar sus medios de prueba, doctrina que en este caso se encuentra reforzada por el artículo 1.832 del Código civil, que no sólo exige para su aplicación el requisito de que el fiador se oponga, luego de ser requerido para el pago de la deuda por el acreedor, sino que impone además el deber de señalar bienes del deudor realizables dentro del territorio español y suficientes para cubrir el importe de la deuda, lo que no se cumple mediante una simple referencia a la relación del activo que el deudor haya presentado en un expediente de suspensión de pagos o con la designación imprecisa e insuficiente de tales bienes; como el fiador en su escrito de demanda únicamente solicitó se declarara la inexistencia o, en su caso, la extinción por novación de la fianza, objeto de la litis, sin invocar en su favor el beneficio de excusión, es indudable que al haber sido éste acogido por el Tribunal *a quo* en su sentencia incurrió en los defectos que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso; que a pesar de ello no pueden conseguir el éxito apetecido por la parte impugnante, por ser doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala la de que no habrá de prosperar el recurso de casación que se da contra el fallo y no contra sus fundamentos jurídicos, cuando el resultado a que habrá de llegarse en la sentencia, a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.745 de la referida ley, hubiera de coincidir con la dictada por el Tribunal *a quo*, que es precisamente lo que ocurre en este caso, dado que la fianza prestada por el demandante, pese a su condición de mercantil y a la corriente casi unánime de la doctrina científica, no goza del carácter de solidaria en nuestro ordenamiento positivo, por no desprenderse ello del sentido literal del documento ni existir en nuestro Código de Comercio disposición alguna en tal sentido, a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones extranjeras, como la italiana y la argentina, por lo que la solidaridad no puede presumirse, conforme al artículo 1.137 del Código civil y el criterio mantenido por esta Sala, y siendo ello así es evidente que tal contrato, por su naturaleza subsidiaria y accesorio, respecto de la obligación principal garantizada, requiere, para que la acción dirigida contra el fiador sea eficaz, que la misma se haya dirigido previamente o a la vez contra el primer responsable, acreditándose no sólo la insolvencia de éste, sino el haberse apurado todos los requisitos legales para el cobro de la deuda, requisitos que no se han cumplido en esta litis.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El recurso pretende combatir la labor hermenéutica llevada a cabo por el juzgador de Instancia, al calificar el contrato privado de «complejo de arrendamiento de industria o negocio sobre diversos objetos o elementos, con prevalencia entre ellos de un bar y una modesta fonda en funcionamiento»; motivos que han de ser desestimados, pues el primero denuncia la violación del artículo 1.281 del Código civil, sin concreta referencia a cuál de los párrafos del invocado precepto se refiere, incurriendo, por tanto, en la causa de inadmisibilidad 4.ª del artículo 1.729 de la citada ley procesal, y el segundo de dichos motivos, aparte del vicio formal que pudiera suponer comprender, cuando debió serlo en motivos separados, la violación de los artículos 1.285, 1.286 y 1.288 del Código civil, es que dicha labor de exégesis ha de ser respetada al no resultar ilógica, absurda o desacorde con el contrato que se interpreta, sin que por ello pueda decirse que se infrinjan por tal concepto las normas de hermenéutica contractual a las que se refieren los mencionados preceptos.

NO ES ADMISIBLE INTERFERIR LA VOLUNTAD PACTADA DE LAS PARTES POR RAZONES DISTINTAS A LAS DEL ARTICULO 1.255 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Una Compañía mercantil vendió a diversos cultivadores ciertas cantidades de patatas para siembra, advirtiendo que en caso de que el género fuera defectuoso debían presentar sus reclamaciones en el plazo de ocho días desde su recepción. Las patatas resultaron ser raquíticas y podridas y la cosecha se perdió. Demandan los cultivadores a la Compañía suministradora. Fue acogida la demanda en Primera y Segunda Instancia, pero el Supremo casa la sentencia de la Audiencia y absuelve a la parte demandada.

Doctrina de la sentencia.—Opuso la parte demandada como argumento básico que formaba parte esencial del contrato un aviso escrito en el que se advertía a los compradores que «al recibir la patata deben comprobar la preparación y estado sanitario de la misma, y en el caso de que no fuese satisfactorio su estado deben ponerlo en conocimiento de esta Entidad, bien por escrito o personalmente en sus oficinas dentro de los ocho días siguientes a la recepción de la patata». La sentencia de primer grado, cuyos considerandos son aceptados por la recurrida, reconoce la realidad y vigencia de dicha obligación, estimando de oficio la justificación de que el plazo de ocho días que por la Sociedad se concedió a los actores para hacer reclamaciones sobre el estado de las patatas era notoriamente insuficiente. Conforme a lo dispuesto por el artículo 1.255 del Código civil, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, el pacto a que se refiere el considerando anterior es perfectamente válido y, por consiguiente, la sentencia, que le niega eficacia sin haberse alegado ni demostrado por nadie que sea contrario a la ley, a la moral o al orden público, infringe por violación el citado precepto, pues no es admisible interferir la voluntad pactada de las partes por razones distintas a las que el antedicho artículo autoriza.

COMENTARIO.—Adopta aquí una postura un tanto tradicional y reaccionaria nuestro Tribunal Supremo. El mantener tan a ultranza la bandera, ya algo andrajosa, del liberalismo contractual parece a estas alturas bastante *démodé*. Resulta evidente que la cláusula del contrato en que se inserta el controvertido aviso no habrá sido querida o aceptada de buen grado por los compradores, sino que se habrán visto obligados a pasar por ese enorme recorte al plazo de reclamación por vicios ocultos de la cosa vendida, es decir, o firmaban o no sembraban patatas. Tal estado de cosas se plasmó, sin duda, en un auténtico contrato de adhesión, en el cual las estipulaciones son fijadas unilateralmente por una de las partes. De ahí que resulte más progresiva y justa la sentencia del Juez de Primera Instancia, al estimar que una de tales estipulaciones no resultaba equitativa y proceder a suprimirla o no apreciarla.

J. Q. S

ARRENDAMIENTOS

RESOLUCION DE CONTRATO: EL ARRENDADOR NO TIENE POR QUE INDAGAR LOS TITULOS SUCESORIOS DEL ARRENDATARIO. SINO QUE HA DE ATENERSE A LO QUE POR LOS INTERESADOS SE LE COMUNIQUE (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1973).

Arrendado un piso bajo para ferretería, la arrendataria domicilió en el mismo una Sociedad Limitada sin pedir autorización al propietario.

Alegó la demandada que tal Sociedad estaba constituida por la viuda e hijos del primitivo arrendatario, estando integrada por los coherederos del mismo que estaban en comunidad, por lo que no existía ni subarriendo ni traspaso.

El Juzgado número 23 de Madrid estimó la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia.

Se basó el recurso de injusticia notoria en no haberse dirigido la demanda contra los coherederos de la demandada, es decir, sus hijos, y en no ser el domicilio de la Sociedad Limitada el que dice el actor en la demanda. El Tribunal Supremo lo rechazó no sólo por la falta de precisión en el mismo, sino además porque la demandada se subrogó implícitamente en el arrendamiento al venir pagando los recibos y estar dada de alta en el Impuesto Industrial, sin que el arrendador tenga que indagar los títulos sucesorios que le son ajenos, ateniéndose en cuanto a quién ha de seguir en la relación arrendaticia a la decisión que por los interesados se le comunique. En cuanto al motivo segundo, referente al domicilio, los documentos aportados no son eficaces por derivar de la unilateral declaración de la parte demandada.

RESOLUCION DE CONTRATO: SI SE PERMITE EL CAMBIO DE EXPLOTACION DE LOS LOCALES MEDIANTE UNA CONTRAPRESTACION ECONOMICA, SE CONVALIDA LA SITUACION IRREGULAR CONSISTENTE EN LA CESION DE UN LOCAL (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1973).

La Entidad arrendataria renunció a parte de los locales arrendados por un nuevo contrato en el que se le autorizaba para arrendar maquinaria a favor de otros señores. Posteriormente, una nueva Sociedad solicitó el desdoblamiento del arrendamiento de los locales entre ella y el Gerente de la primitiva Entidad arrendataria, a lo que accedió la arrendadora. El nuevo arrendatario introdujo a personas extrañas sin consentimiento de la arrendadora, por lo que ésta solicita la resolución del contrato. Se opuso el demandado, alegando, sobre todo, que las personas a que se refiere el actor están ligadas a él por un arrendamiento de servicios.

El Juzgado número 1 de Sabadell estimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la sentencia anterior.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso correspondiente, ya que si la actora autorizó el cambio de la forma de explotación y uso de los locales por el cedente mediante una contraprestación, convalidó la situación creada con anterioridad, sin que pueda alterar ahora el recurrente la interpretación dada por la Sala con consideraciones personales y subjetivas, dando a los documentos presentados un sentido distinto, lo que hace al amparo del número 4, y no del número 3, del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Al no haber sido demostrada la afirmación del hecho, base y apoyo de la parte dispositiva de dicha resolución, no ha lugar al subarriendo inconstituido, alegado por el recurrente.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA AUTORIZACION PARA LAS OBRAS NECESARIAS PARA PONER EN MARCHA EL NEGOCIO NO AMPARA LAS REALIZADAS VARIOS AÑOS DESPUES (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1973).

En un local arrendado para peluquería de señoras, la arrendataria efectuó el derribo de un tabique para ampliar la capacidad del local sin

consentimiento del propietario del mismo, por lo que éste demanda la resolución del contrato, aunque unos once años después de ocurrido tal derribo.

Estimada la demanda por el Juzgado de Granollers, la Audiencia de Barcelona confirmó la sentencia. No prosperó el recurso de injusticia notoria por haberse articulado los motivos de modo confuso, englobando materias de las causas 3.ª y 4.ª del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; pero aunque se entrase en el fondo sería igual, puesto que la autorización de obras de 1950 lo fue para la puesta en marcha del negocio y no ampara las que aprecia la sentencia, realizadas en 1958, sin que se impugne eficazmente, por lo que se resuelve el contrato.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO: EL PODER PARA ENAJENAR FACULTAD PARA AUTORIZAR EL TRASPASO DE UN LOCAL DE NEGOCIO. LA ESCASA PARTICIPACIÓN EN EL PRECIO DEL TRASPASO PUEDE COMPENSARSE CON EL AUMENTO DE LA RENTA (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1973).

El demandante alega que el local del que era propietario había sido traspasado con el consentimiento solamente de su madre, usufructuaria del mismo y fallecida ya en el momento de interponer la demanda, habiéndose hecho tal traspaso a espaldas del titular de la nuda propiedad y en documento privado; por otra parte, no lo hizo ella personalmente, sino una hermana suya, que hizo uso de un poder con treinta y tres años de antigüedad cuando no estaba reconocida en nuestro Derecho la facultad de traspasar, por lo que no podía estar comprendida en tal poder, que se refería solamente a bienes propios de la mandante, sin que lo fuese éste, sobre el que sólo tenía el usufructo.

El Juzgado número 2 de Lugo desestimó la demanda, pero la Audiencia de La Coruña revocó esta sentencia, declarando la resolución del contrato. El Tribunal Supremo admite el recurso de injusticia notoria, porque para celebrar el contrato de arrendamiento no hace falta más que la capacidad necesaria para contratar, puesto que es un acto de administración, aunque si excede de seis años el plazo se necesita poder para enajenar, facultad que tiene el poder de la administradora, que concertó el contrato en cuestión. Ni la avanzada edad de la mandante ni la de la mandataria demuestran su incapacidad o la revocación del poder, por mucha que sea la duración de éste, no pudiendo considerarse gravosas para el nudo propietario las estipulaciones en virtud de las cuales se triplica la renta a percibir, y lo escaso de la participación en el precio del traspaso está compensado por el aumento de la cuantía de la renta en medida muy superior a la que regalmente le pueda corresponder. Por ello procede dar lugar al recurso, sin que se aprecie la existencia del fraude de ley pretendido.

REVISIÓN DE RENTA: ES VALIDA LA CLAUSULA DE ESTABILIZACIÓN PARA LA REVISIÓN DE LA RENTA CUANDO ES BILATERAL Y CUALQUIERA DE LAS PARTES PUEDE PEDIRLA (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1973).

Pactada la revisión de renta en un contrato de arrendamiento conforme a la elevación del coste de la vida, y demostrada esta elevación con una certificación del Instituto Nacional de Estadística, el arrendatario se niega a pagar dicho aumento, por lo que se le demanda ante el Juzgado núme-

ro 33 de Madrid, que dictó sentencia desestimando la demanda, declarando no válida la cláusula de estabilización. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, se rechaza por el Tribunal Supremo, ya que la cláusula debatida reúne las condiciones necesarias para su eficacia y validez por tener las características de bilateralidad y posibilidad de actualización rentística en más o en menos, ya que el módulo siempre es único, y como cualquiera puede instar la revisión podrá el arrendatario solicitarla igualmente, conclusiones que únicamente podrían reformarse mediante la revisión de la interpretación que se hizo en la sentencia, lo que no se ha realizado por el recurrente, no siendo dable a éste entrar en la censura de aquella resolución de la Sala sentenciadora.

RESOLUCION DE CONTRATO: PARA QUE EXISTA TRASPASO O SUBARRIENDO SE NECESITA QUE LA TERCERA PERSONA QUE APAREZCA EN EL LOCAL ACTUE EN NOMBRE PROPIO, EJERCIENDO POR SU CUENTA UNA ACTIVIDAD INDUSTRIAL O MERCANTIL (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1973).

Habiendo observado el dueño de un local la presencia en el mismo de una persona distinta al arrendatario, sin que se le haya dado al demandante razón alguna de la introducción y permanencia en él de esa persona, ya que no le une con el arrendatario ninguna relación laboral, se solicita la resolución del contrato por traspaso o subarriendo ilegal. Se opuso el demandado, en el sentido de que esta persona era un empleado suyo, aun cuando no esté afiliado a la Seguridad Social.

El Juez de Cervera desestimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó esta sentencia. El recurso de injusticia notoria es desestimado también, ya que al afirmar el actor la presencia de otra persona en el local y decir que no está vinculado al arrendatario, a él le incumbía la prueba de estos hechos, conforme al artículo 1.214 del Código civil. Si la jurisprudencia ha declarado que la presencia de un tercero en el local sin conocimiento del propietario de la finca hace presumir la existencia de un subarriendo o traspaso, es indispensable que dicho tercero actúe en nombre propio, ejerciendo por su cuenta una actividad industrial o mercantil, y esto es lo que el Juez niega que concurra en este caso a la vista de la prueba documental aportada por el demandado, afirmando que se trata de un dependiente o subordinado, sin que esta conclusión haya sido combatida en el recurso, por lo que ha de quedar firme en esta fase del procedimiento.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA AUTORIZACION PARA REALIZAR OBRAS NO PUEDE ALCANZAR LA AMPLIACION DEL RECINTO COMPRENDIDO DENTRO DE LAS PAREDES QUE LIMITAN LO ARRENDADO (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1973).

La propietaria de un local solicita la resolución del arrendamiento por la realización de obras in consentidas en el mismo, lo que niega la arrendataria, que afirma la existencia de una autorización por la demandante, siendo además las obras necesarias para adaptar el local al uso o fin para el que fueron arrendados.

El Juzgado de Guernica declaró resuelto el contrato, ordenando a la

demandada que desaloje el local. La Audiencia de Burgos confirmó la sentencia anterior. El recurso de injusticia notoria es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que los documentos que invoca el recurrente no demuestran el error de hecho sino a través de deducciones, mediante las cuales pretende establecer una conclusión contraria a la que sienta la sentencia recurrida, en la que se afirma, después de la prueba de reconocimiento judicial, que la demandada se excedió al realizar obras que no estaban autorizadas, como son las de ampliación del recinto comprendido dentro de las paredes que limitan lo arrendado, por lo que resulta evidente que la demandada rebasó en la ejecución de las obras la autorización concedida. A través del recurso de injusticia notoria no puede variarse la interpretación de los contratos, sino cuando sea errónea o ilógica, lo que no sucede en este caso.

NULIDAD DE CLAUSULA CONTRACTUAL: ES VALIDA LA CLAUSULA DE ELEVACION PROGRESIVA DE LA RENTA CUANDO SE PONE UN TOPE A ESTA ELEVACION, NO AFECTANDO AL PERIODO DE PRORROGA FORZOSA DEL ARRENDAMIENTO. NO EXISTE TRASPASO NI SUBARRIENDO CUANDO NO HAY SUSTITUCION EN LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1973).

Demanda el arrendatario de un bar o cafetería al propietario, solicitando la nulidad de una cláusula por la que se establecía el aumento progresivo de la renta durante el plazo contractual de veinte años, sin perjuicio de los posibles aumentos legales que procedieran, que se fijarían sobre la renta que se viniese pagando el mes anterior. Establecida una escudería automovilística en dicha cafetería, el propietario aprovechó para exigir otro aumento de renta. El arrendatario pide la nulidad, tanto de la cláusula de elevación de renta como de la adición hecha posteriormente con el motivo indicado. El demandado no sólo se opuso a la demanda, sino que formuló reconvencción, pidiendo la resolución del arrendamiento por subarriendo o traspaso del local a la citada Entidad deportiva.

El Juzgado número 3 de Santander desestimó la demanda y la reconvencción, mas la Audiencia de Burgos revocó parcialmente aquella sentencia declarando nula la cláusula de elevación de renta, pero manteniendo la desestimación de la reconvencción.

El correspondiente recurso de injusticia notoria es admitido en cuanto a la nulidad de la cláusula de elevación de renta, pero se mantiene en lo demás la sentencia de Primera Instancia. Examinada primeramente la reconvencción, hay que tener en cuenta que la citada escudería automovilística usó el local compartiéndolo con el bar o cafetería, sin que existiera sustitución en la relación arrendaticia excluyendo a la clientela del bar del acceso al mismo. Si han de estimarse, por el contrario, los motivos referentes a la validez de la cláusula de elevación de renta, ya que, según el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la renta de los locales de negocio puede fijarse libremente, si bien hay que tener en cuenta el derecho de prórroga forzosa establecido por el artículo 57 de la misma ley. Como este derecho no nace hasta que concluye el plazo contractual, no se puede aplicar a este caso la jurisprudencia de esta Sala, que declara inválida la cláusula de elevación progresiva y constante, ya que tiene un límite, que es el de finalización del plazo contractual, a partir del cual comenzará el período de prórroga forzosa, en el que no rige la elevación, estabilizándose la renta al llegar aquella fecha.

RESOLUCION DE CONTRATO: SE DEBE PROBAR QUE LAS OBRAS REALIZADAS NO CORRESPONDEN A LAS AUTORIZADAS EN EL CONTRATO PARA QUE PROCEDA LA RESOLUCION DEL MISMO. SI LOS OCUPANTES DEL LOCAL LO SON CON CARACTER OCASIONAL O TRANSITORIO, NO HAY MOTIVO PARA CONSIDERAR LA EXISTENCIA DE TRASPASO O CESION INCONSENTIDA (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1973).

Se demanda al arrendatario de un bar por la realización de obras in-consentidas, cambiando el destino de la vivienda aneja al bar en local de negocio, así como por la cesión o subarriendo in-consentido de parte del local. El Juzgado número 10 de Madrid admitió la demanda, pero la Audiencia revocó esta sentencia.

Interpuesto recurso de injusticia notoria por el actor, no lo admite el Tribunal Supremo, ya que del informe pericial sólo se deduce la posibilidad de que las obras fueran realizadas para adaptar e instalar el bar en su origen, lo que no contradice, sino que es conforme a la afirmación contenida en la recurrida sentencia de que no se ha probado que dichas obras no sean las autorizadas en el contrato primitivo. Tampoco se ha probado que la permanencia de los otros ocupantes durante dos meses no lo fuese con el carácter ocasional y transitorio que se reconoce por el Juez de Instancia. Por último, el que se venga ocupando parte de la vivienda para depósito de algunos de los géneros del bar no supone transformación de la misma, y aunque se diese tal transformación no resultaría eficaz dado el destino principal del contrato, que lo es de local con vivienda, siendo ésta accesoria de aquél.

DENEGACION DE PRORROGA FORZOSA: SI EL LOCAL LO ES DE NEGOCIO Y DEDICADO A LA VENTA AL POR MENOR, NO PUEDE JUSTIFICARSE EL CIERRE POR EL HECHO DE QUE SE ALMACENEN OBJETOS EN EL PARA VENDERLOS FUERA DEL MISMO (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1973).

Arrendado un local para instalar una tienda de antigüedades, estuvo cerrado durante un año, por lo que el propietario solicitó la resolución del contrato, a lo que se opuso el demandado alegando que no había estado cerrado, sino que estaba destinado a almacenar objetos para su venta a domicilio. El Juzgado número 1 de Cádiz desestimó la demanda, pero la Audiencia de Sevilla revocó la sentencia declarando resuelto el contrato.

No prosperó el recurso de injusticia, sobre todo por la falta de precisión y claridad en la formulación del mismo, denunciando la violación de diversos preceptos de contenido distinto y antagónico, con lo que es imposible determinar la causa de resolución invocada. El recurrente no combate la afirmación de la sentencia de que el local estuvo dedicado a la realización de transacciones, lo que es característico de un local de negocio, sino que se limitó a excusar sus ausencias y cierres con argumentos refutados por la sentencia de Instancia. El hecho de que estuviese matriculado de venta al por menor de muebles y otros objetos corrobora que se trata de un local de negocio, sin que la afirmación de que nunca dejó de ejercer tal actividad tenga autoridad para imponer este criterio sobre el del Tribunal *a quo*, obtenido del conjunto de la prueba.

OBRAS INCONSENTIDAS: EL CONOCIMIENTO DE LAS OBRAS NO IMPLICA EL CONSENTIMIENTO DE LAS MISMAS. LA CARTA AUTORIZANDO UNAS OBRAS NO PUEDE COMPRENDER LAS REALIZADAS QUINCE AÑOS DESPUES (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1973).

Se arrendó un local de negocio incluyendo una cláusula por la que se exigía autorización escrita del arrendador para la realización de obras en el mismo. Solicitada la correspondiente autorización para verificar obras en 1968, no se concedió, por lo que acudió la Entidad arrendataria al competente Juzgado Municipal, que tampoco la otorgó, confirmando esta resolución la Audiencia Provincial de Madrid. Obtenido el consentimiento de la arrendadora para el cambio de la instalación eléctrica del local, la arrendataria aprovechó para realizar otras obras de bastante importancia, según se hizo constar en dos actas notariales, por lo que se pidió la resolución del contrato. La Entidad demandada afirmó la existencia de autorización por parte de la actora para estas obras. El Juzgado número 26 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial declaró resuelto el contrato revocando la sentencia de Instancia.

No es admitido el recurso de injusticia por el Alto Tribunal. La sentencia recurrida no es incongruente, pues al decir que no se ha probado el consentimiento demuestra que todas las pruebas fueron tenidas en cuenta para fundamentar el fallo, aunque no se refiriera expresamente a cada una de ellas. Lo único que resulta justificado es que la propietaria visitó el local y pudo conocer las obras, pero conocer no es consentir y, además, teniendo en cuenta que se prohibieron las obras y que no fueron autorizadas por la autoridad judicial, es anómalo que se prestara el consentimiento después. La autorización concedida en 1953 no puede entenderse válida para todo tiempo, sino sólo para las que se hagan al concederla y no para las que puedan surgir pasado el tiempo, en este caso, más de quince años. No pueden calificarse estas obras como de poca entidad y provisionales, pues forman un tabique quebrado de suelo a techo de medidas no pequeñas.

C. R. R.

NO PUEDE ATRIBUIRSE AL ANTICIPO DE UN SEMESTRE DE LA RENTA EL CARACTER DE «NUEVO TERMINO DE DURACION CONVENIDO POR LAS PARTES» (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—El arrendador de una vivienda de baja renta y situada en el mejor sitio de Valencia demanda al inquilino, solicitando la resolución del contrato por necesitar tal vivienda una hija del actor que había contraído matrimonio. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En el motivo segundo alega el recurrente la infracción por aplicación indebida de los artículos 114, causa 11; 62, número 1.º, y 63, párrafo 2, número 1.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por entenderse que cuando se efectuó el preaviso no se hallaba el contrato en período de prórroga legal, sino «en el transcurso de un nuevo término de duración convenido por las partes» a causa de haberse anticipado por el inquilino un semestre de renta; motivo que tampoco merece ser estimado, puesto que no puede atribuirse al referido adelanto de la renta la desorbitada significación que le achaca el impugnante, al tratarse tan sólo de una circunstancia que afecta al término de cumplimiento de una de las obligaciones del inquilino, y, en último lugar, porque

al no combatirlo subsiste otro de los fundamentos del fallo recurrido, el cual, con base en lo declarado por este Tribunal en la sentencia de 4 de mayo de 1955, viene a establecer que lo que exige la ley es que la acción resolutoria no se entable hasta transcurrido el plazo por el que hubiera sido pactado el arriendo, pero no que el preaviso no pueda efectuarse antes del vencimiento del contrato, siempre que se haga con un año de antelación a la fecha en que el arrendador desee ocupar la finca y sea posterior esta fecha al vencimiento del término contractual del arrendamiento.

EL ARRENDATARIO PIERDE EL DERECHO A LA PRORROGA LEGAL CUANDO EL LOCAL DE NEGOCIOS ESTE CERRADO MAS DE SEIS MESES EN UN AÑO, A MENOS QUE EL CIERRE OBEDEZCA A JUSTA CAUSA. CONCURRE ESTA JUSTIFICACION CUANDO EL HECHO QUE MOTIVO EL CIERRE NO SEA IMPUTABLE AL LOCATARIO (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Doña Isabel arrendó a don Basiano un local de negocios para que instalara su farmacia, cosa que efectivamente se llevó a cabo. Posteriormente, don Basiano trasladó la farmacia a otro local en la misma población y solicitó permiso al Ayuntamiento para instalar una industria de heladería y confitería en el que le había arrendado doña Isabel. El Ayuntamiento denegó el permiso por carecer el local de servicios higiénicos. Doña Isabel se niega a autorizar las obras para instalar tales servicios y demanda a don Basiano la resolución del contrato. Se desestimó la demanda en Primera y Segunda Instancia, pero el Tribunal Supremo casa tales sentencias y la acoge totalmente.

Doctrina de la sentencia.—El arrendatario está obligado a usar la cosa arrendada (art. 1.555, núm. 2.º, del Código civil), de suerte que tratándose de un local de negocio pierde el derecho a la prórroga legal cuando éste permanezca cerrado durante más de seis meses en el curso de un año, a menos que el cierre obedezca a justa causa (art. 62, núm. 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos), debiendo entenderse que concurre esta causa de justificación cuando el hecho que motivó el cierre no sea imputable al locatario, por constituir una causa extraña y superior a su voluntad, o sea, un hecho ajeno por completo a su simple comodidad o conveniencia. El cierre del local de autos durante más de seis meses seguidos obedeció a la mera conveniencia del arrendatario: ya tiene declarado esta Sala que el traslado de negocio, en este caso de farmacia, a otro local en la misma población, con cierre del establecimiento donde antes se ejercía, pone de relieve el cese voluntario y de conveniencia en el mismo; si el Ayuntamiento le participó que no podía accederse a su petición de apertura del local con destino a confitería hasta tanto no lo dotase de servicios higiénicos, tal cambio de destino obedeció al mero arbitrio del arrendatario, contrario además a lo específicamente pactado al concertarse la locación y, por tanto, contrario a lo prevenido en el número 2.º del citado artículo 1.555, respecto al destino del local al uso pactado, razón por la que la arrendadora le negó la autorización que solicitó para realizar las obras necesarias para dotar de servicios sanitarios el local, negativa totalmente fundada, todo lo cual revela la inexistencia de la pretendida justa causa.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA PEDIR LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El motivo tercero, por violación del artículo 1.964 del Código civil y de la doctrina contenida en las sentencias que se citan, tampoco puede prevalecer, ya que los razonamientos utilizados al desarrollarlo evidencian que los recurrentes establecen sin más el supuesto de que cuando fue presentada la demanda (27 de marzo de 1973) había transcurrido el plazo prescriptivo de quince años, durante el cual los hoy recurridos permanecieron inactivos, no obstante conocer la cesión del derecho arrendaticio, base o fundamento de la acción resolutoria ejercitada, prescindiendo de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, según la cual «el traspaso que da lugar a la resolución contractual se ha mantenido en forma disimulada o encubierta y que la parte arrendadora demandante no ha tenido posibilidad de conocer su existencia hasta el 6 de julio de 1972».

APRECIACION PROBATORIA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Respecto a los alegados errores en la apreciación de la prueba son asimismo desestimables, porque ha sido reiterado hasta la saciedad por la doctrina de esta Sala que para que pueda prevalecer un recurso, al amparo de la causa cuarta del artículo 136 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, es necesario que de la prueba documental o pericial obrante en autos que se invoque para fundamentarlo resulte manifiesto el error de hecho en la apreciación de la prueba que a la sentencia se atribuya, como dice el precepto legal, es decir, que de la simple lectura de los documentos o del informe aparezca, sin necesidad de interpretaciones, patente y claro lo contrario de las afirmaciones contenidas en aquélla.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA. SUS REQUISITOS. TESTAMENTO OLOGRAFO. INTERPRETACION. Artículos 783, párrafo 1.º; 785, número 1.º; 774; 781; 782, y 675 del Código civil (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1974).

La palabra «expreso» se refiere a los llamamientos y no a las personas instituidas.

Los hechos que motivan esta sentencia son, en síntesis, los siguientes: Don J. L. F. murió bajo testamento ológrafo protocolizado, cuya cláusula segunda dice así: «Instituye herederos en la mitad de todo su haber a su hermana V. F. L., pasando por muerte de la misma a todos sus hijos, y de la otra mitad a su sobrino A. F. (sin segundo apellido), hijo natural de su hermana Manuela, ya fallecida.»

Fallecida posteriormente doña V. F. L. en estado de viuda, bajo testamento en el que dispone de todos los bienes, incluso los heredados de su hermano J. L. F., mejorando notablemente a uno de sus hijos, otro

de los hijos no mejorados demanda a aquél y a los restantes hermanos para que se declare que en virtud de la transcrita cláusula el actor y sus hermanos son herederos fideicomisarios de su tío don J. L. F., habiéndose consolidado en ellos por partes iguales la plena e indivisa propiedad de los bienes correspondientes por fallecimiento de su madre, hermana de su dicho causante, doña V. F. L., la cual, por tanto, no pudo distribuir dichos bienes heredados de su hermano desigualmente entre sus hijos, actor y demandados, herederos fideicomisarios de su tío.

El Juzgado de Primera Instancia de Chantada no estimó esta pretensión, sino otra formulada por el actor subsidiariamente, y aun ésta sólo en parte, declarando rescindida la partición de la herencia materna por lesión en más de la cuarta parte para el actor, pudiendo optar el demandado mejorado y beneficiado entre indemnizar el daño, que se fijó en 64.282,30 pesetas, o consentir en que se proceda a nueva partición.

Apelada la sentencia por el actor, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la del Juzgado y dictó otra declarando que el demandante y sus hermanos demandados son herederos fideicomisarios del testador don J. L. F., habiéndose consolidado en ellos por partes iguales la plena e indivisa propiedad de los bienes que pertenecían a dicho causante.

Interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, revocatoria de la del Juzgado, recurso de casación por infracción de ley por el demandado mejorado, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al mismo, basando su decisión en los siguientes argumentos:

Que, como ya se indicó en las sentencias de esta Sala de 27 de septiembre de 1930, 2 de marzo de 1935 y 3 de julio de 1963, la sustitución fideicomisaria, en virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar los bienes o cosa legada para entregarlos a su fallecimiento a otra u otras personas designadas por él mismo, precisa como requisitos esenciales para su existencia y efectividad: Primero: Una doble o múltiple vocación hereditaria consignada de forma expresa e inequívoca en el testamento (arts. 783, párrafo 1.º, y 785, número 1.º, del Código civil, y sentencias de 3 de julio de 1956 y 19 de noviembre de 1964). Segundo: Gravamen impuesto al fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitidos al llamado en segundo lugar a la sucesión, según exige el artículo 781 y las sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 1890, 21 de diciembre de 1918, 8 de julio de 1920, 20 de junio de 1928 y 25 de abril de 1951. Tercero: Establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado, por el sustituido en primer lugar y el sustituto, de forma que venga uno después del otro en trance de continuidad sucesoria (sentencia de 6 de abril de 1954).

Que en el testamento ológrafo de 13 de mayo de 1941, protocolizado en 19 de enero de 1942, concurre el primero de los requisitos acabados de exponer, porque al expresarse en su cláusula segunda que el testador «instituye herederos en la mitad de todo su haber a su hermana—viva—, pasando por muerte de la misma a todos sus hijos», es indudable que en dicha disposición se contiene una clara vocación hereditaria en favor de los hijos de esa hermana del causante, por no ser imprescindible para su estimación que se designe nominalmente la persona del fideicomisario y ser suficiente con que se la pueda identificar por las circunstancias que respecto a ella se indiquen, como se hizo constar, entre otras, en la sentencia de 6 de marzo de 1944 y, en cierto modo, en la de 7 de diciembre de 1955, y se desprende de la redacción de los artículos 783 y 785 del Código civil, que al emplear el vocablo *expreso*, lo relacionan con los llamamientos y no con las personas instituidas; del 772, que autoriza la designación de heredero en tal forma, con lo que resultaría ilógico exigir mayores requisitos respecto del sustituto, y del contenido del 781, que no

impide incluir a personas no concebidas en los ulteriores llamamientos.

Que igualmente se aprecia en dicha cláusula la realidad y subsistencia de los requisitos segundo y tercero, antes indicados, porque la obligación del fiduciario de conservar los bienes para que a su fallecimiento se entreguen a los fideicomisarios, si bien constituye un requisito tan ineludible para la estimación de esta clase de sustituciones que su omisión originaría su ineficacia (sentencia de 3 de julio de 1881), no precisa, en cambio, que se haya impuesto específicamente en el acto de última voluntad, por ir implícita en el segundo y sucesivo llamamiento (sentencias de 29 de enero de 1916, 26 de febrero de 1919 y 28 de octubre de 1954), que, como se ha visto, se hizo en el presente caso a favor de *los hijos* de la primeramente instituida; ocurriendo lo mismo con el tercero de los requisitos expresados, porque tanto de los términos gramaticales de la referida cláusula, como de la intención que movió al testador a redactarla, que debe ser tenida en cuenta de forma primordial, a estos efectos, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil y doctrina contenida, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966 y 25 de mayo y 27 de septiembre de 1971; se desprende que en ella se observó el *ordo sucessivus*, exigido a tales fines, toda vez que la utilización del gerundio *pasando*—derivado del verbo «pasar», que significa, según el *Diccionario* oficial de la Lengua, «transmitir, transferir o trasladar una cosa de un sujeto a otro»—, relacionado con la oración de que forma parte, denota que lo que se transmite es «la mitad de todo el haber del *de cuius*, que deberá ser recibido por *todos* los hijos de la heredera «por muerte de la misma», pasando previamente por ella, con lo que dicha señora fue instituida *ad tempus* y sin goce del *jus disponendi*, características esenciales de la sustitución fideicomisaria, siendo ello lo que tal vez influyó en el ánimo del testador para hacer la institución conjuntamente en favor de varios *herederos*, como lo indica el empleo de esta palabra en plural, y lo que le indujo a disponer que esa parte del haber hereditario pasara a *todos* los hijos de su hermana, sin exclusión de ninguna clase, impidiéndola, por tanto, transferirla a otras personas por actos *inter vivos* o *mortis causa*, e incluso hacer uso de los derechos que le confieren los artículos 823 y 848 y concordantes del Código civil y, como así lo entendió el juzgador *a quo*, la interpretación de los testamentos es materia encomendada al arbitrio de los Tribunales de Instancia y su criterio debe prevalecer en casación, salvo se evidencie que es equivoco o erróneo por contradecir alguna de las normas de hermenéutica aplicables en estos casos (sentencias de 2 de diciembre de 1966, 30 de octubre de 1970 y 14 de octubre de 1971); de ahí que no se pueda estimar que la referida cláusula contiene una sustitución comprendida en el artículo 774 del citado Cuerpo legal y que no puedan prosperar los siete primeros motivos del presente recurso, en los que además, en relación con la infracción, que se dice cometida, de los artículos 675 y 674, así como del aforismo *in dubio contra fideicomissum*, se expresa un doble concepto a través de distintos motivos, lo que da lugar a que estén redactados en forma dubitativa y a que contravengan lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que igual suerte debe correr el octavo y último motivo del recurso, porque cualquiera que sea la opinión de esta Sala acerca de la remisión, que en la parte dispositiva de la resolución que se impugna se hace a los trámites del juicio de testamentaria, lo cierto es que ni se cita por el recurrente precepto alguno en cuya vulneración apoye la nulidad que pretende, requisito exigido por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 19 de octubre de 1944, 5 de junio de 1945 y 25 de febrero de 1967, ni el párrafo 1.º del artículo 4 del Código civil, que se dice violado, consigue el efecto pretendido por dicha parte cuando, como aquí ocurre, se trata de la validez o nulidad de actos procesales no some-

tidos en su regulación al Cuerpo de derecho material, de que el citado artículo 4 forma parte (sentencias de 28 de diciembre de 1955, 29 de noviembre de 1962 y 14 de noviembre de 1969).

· **COMENTARIO.**—Sabido es que los requisitos que sirven para distinguir la sustitución fideicomisaria de figuras afines son el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo al goce de unos mismos bienes, que es su nota esencial, y la obligación de conservar y restituir los bienes imputada al primer llamado en beneficio de los sucesivos, elemento natural, que puede ser dispensado por el testador (v. gr.: sustitución fideicomisaria de residuo) en mayor o menor grado.

Al ser *esencial* el llamamiento múltiple *ad tempus* parece que debe exigirse sea claro, sin que pueda acudirse a conjeturas o a una ampliación de las palabras—o del significado de las palabras—empleadas por el testador. Y lo único que éste dice es que instituye heredera a su hermana—que sabía vivía al hacer el testamento—, pasando por muerte de la misma a todos sus hijos, pero sin adjetivar el verbo pasar con el término «después», «luego», «a continuación», «seguidamente» u otro similar. ¿Dónde está el orden sucesivo expreso? De los cincuenta y ocho significados o acepciones que el *Diccionario* de la Lengua de la Real Academia Española recoge (en su 19.ª edición, 1970), la novena dice así: «PASAR.—...9. Transferir o trasladar una cosa de un sujeto a otro.» ¿Es que acaso no hay transferimiento o traslado si los bienes pasan directamente del testador a sus sobrinos en el supuesto de premoriencia de la madre de éstos? Es sintomático que el actor en su demanda articule distintas peticiones con carácter subsidiario, entre ellas, la de que se reconozca la existencia de un fideicomiso de residuo, la nulidad del testamento de la madre por preterición, la rescisión de la partición por lesión. Todo se reduce a la interpretación de la voluntad del testador según los términos empleados, esto es, el significado de la frase «pasando *por* muerte de la misma a todos sus hijos», que puede entenderse como «pasando al producirse la muerte de la misma» o «después de muerta la misma», tesis de la Audiencia y del Tribunal Supremo, o bien estimarse equivalente a «si se produce la muerte de la misma» antes que la del testador, lo que entendió el Juzgado y estima el recurrente, aduciendo éste que no se concibe cómo una persona tan detallista como lo era el testador, que dispone con exquisito cuidado sus exequias, entierro, misas, limosnas y obras piadosas, que determina el número de sacerdotes a intervenir en sus funerales, que designa albaceas, haya dejado sin aclarar la existencia de una sustitución fideicomisaria de haberla efectivamente dispuesto. Más bien parece lo contrario: que quiso instituir por partes iguales a las dos stirpes: a su hermana viva, y caso de premorirle, a sus descendientes, en una mitad, y en otra, al hijo único de su hermana premuerta. Lo que parece corroborarse por la avanzada edad de la hermana instituida. La invocación a la madre fallecida del otro sobrino parece inclinar el ánimo a que el testador quiso establecer la paridad de situaciones entre ambas hermanas, sin limitar las facultades dispositivas de la viviente. Un indicio podría suministrarlo el estado civil del sobrino hijo de la hermana premuerta: si era soltero al tiempo del testamento parece que la analogía de situaciones es mayor, en cierto modo, y el ánimo se inclina hacia la sustitución vulgar; mientras que si este sobrino estaba casado y tenía hijos, puesto que respecto a él pudo establecerse la sustitución vulgar y no lo hizo así el testador, pudiera ser ello un dato para pensar que no tenía presente al escribir su testamento ológrafo una sustitución vulgar (porque la hubiera dispuesto igualmente para el sobrino con hijos, cuya institución aparece en la misma oración gramatical), sino una especial voluntad respecto sólo a su hermana viva en ese momento, a la que no quería dejar disponer de sus bienes que le heredase libremente entre los hijos, sobrinos del testador, sino que éstos le sucediesen igualitariamente.

La cuestión es, en suma, muy dudosa, mereciendo el máximo respeto la decisión final dada por el Tribunal Supremo. Nos advierte, y no es pequeña lección, sobre el peligro de no matizar los términos empleados, bien empleando palabras comunes claras y exactas, bien valiéndonos del propio término técnico «sustitución fideicomisaria», que ciertamente supone un nivel de conocimientos en el redactor del testamento superior al que exige la comprensión de la sustitución vulgar.

ADOPCION. PACTO SUCESORIO. DESHEREDACION. PRETERICION.
Artículos 177 (originario), 658, 667, 851, 853 y 912 del Código civil (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1975).

Aunque de los primeros considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo se deducen ya los hechos que motivan el recurso y el planteamiento del pleito, no está de más insistir en que nos encontramos ante una falta de mención de la hija adoptiva en los testamentos de los adoptantes, quienes, bajo la primitiva redacción del Código civil, se habían obligado a instituir la heredera en un tercio, por lo menos, de los bienes que de ambos cónyuges resulten al respectivo fallecimiento de cada uno; a lo que ha de añadirse que en un último testamento, complementario del anterior, el padre adoptivo, que fue de los cónyuges adoptantes el último en morir, deshereda expresamente a la adoptada por haberle injuriado gravemente y haberse dedicado a la prostitución, sin que estos hechos se estimasen como probados por el Juzgado, aunque del apuntamiento resulte claramente que la adoptada había ingresado en institución especializada en la asistencia de jóvenes descarriadas y que después de morir la madre adoptante y antes de fallecer el padre adoptivo tuvo una hija de padre desconocido.

Como primera pretensión que la actora, hija adoptiva, aduce frente a los herederos de sus padres adoptivos está la de suceder *ab intestato* en todos los bienes de ambos; subsidiariamente, sucederles en una tercera parte, y en última instancia, y sólo en cuanto a la herencia del padre adoptivo, que se declare heredera del mismo, en cuanto a un tercio de su herencia, a la hija natural habida por la adoptada, nacida después de muerta la madre adoptante y antes del fallecimiento del padre adoptivo.

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Madrid estimó parcialmente la demanda y declaró que la actora tiene derecho a la tercera parte del metálico existente en la herencia de su padre adoptivo, subsistiendo las demás disposiciones testamentarias de dicho causante (¿entre ellas, la desheredación?, preguntamos nosotros). La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid declaró, por el contrario, que la demandante, en su condición de hija adoptiva de los finados causantes y por la preterición de que fue objeto en las operaciones particionales de ambos, tiene derecho a que los herederos de los mismos le paguen el importe a que asciende la tercera parte de la respectiva herencia de cada uno de ellos.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación por infracción de ley uno de los demandados, no así la actora, que se conforma con la tercera parte que le concede la sentencia de la Audiencia, razón ésta por lo que parece apuntar la sentencia del Supremo que no se la puede conceder el todo, por no haberlo pedido, y por la misma razón no casa la sentencia, pues de hacerlo se le concedería más de lo pedido a la parte no recurrente y la casación perjudicaría precisamente a quien ha interpuesto el recurso. No hay que olvidar que la línea seguida por anteriores sentencias del Tribunal Supremo era la de que el hijo adoptivo, a quien los adoptantes se obligaban a instituir heredero en la escritura de adop-

ción, sucedían, a falta de legitimarios, en toda la herencia. El que en la presente no se llegue a estas últimas consecuencias se debe, según creencia del comentarista, a la especial conformación de la demanda inicial, al planteamiento de la casación, a la conformidad de la actora con la sentencia de la Audiencia y, en suma, a que del fondo de los hechos emerge la conducta poco edificante de la actora y, en suma, que otra podría haber sido la sentencia de haberse planteado las cuestiones por cauces y con fundamentos jurídicos distintos.

Frente al argumento del recurrente de que la preterición sólo puede predicarse respecto a los herederos forzosos, y el adoptado, según la primitiva redacción del Código civil, no lo es, cabe decir que no se trata de preterición en el testamento, sino de preterición en la partición. Es evidente que el adoptado no es, en sentido literal, heredero forzoso, según aparece en la primitiva redacción del Código civil, entre otras razones, porque su derecho no arranca de la ley, sino del pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción, si bien, debido a la irrevocabilidad de tal pacto, su situación pueda semejarse, en cierto modo, a la de un legitimario, con el que ha terminado por identificarse en virtud de las reformas legislativas ulteriores.

Por ello el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que contra la sentencia de la Audiencia interpuso la parte demandada y apelada, según la siguiente doctrina, de la que, como al principio se ha dicho, aparecen claramente los hechos motivadores del pleito:

Que son hechos reconocidos por las partes o declarados probados en la sentencia recurrida y no combatidos en el recurso: primero, que la actora, doña I. O. G., fue adoptada por los cónyuges don A. O. R. y doña S. G. A. por escritura pública de 12 de abril de 1951, en la que se comprometían a instituir la heredera en un tercio, por lo menos, de los bienes que resultasen al respectivo fallecimiento de cada uno de ellos; segundo, que doña S. G. A. falleció el día 28 de enero de 1965, bajo testamento otorgado el 23 de octubre de 1964, en el que instituye heredero a su esposo, omitiendo toda mención de la hija adoptiva; tercero, que don A. O. R. falleció el 24 de enero de 1969, habiendo otorgado testamento el 6 de junio de 1968, en el que instituía únicos y universales herederos a su hermano, don E. O. R., y sobrino, don A. O. F., y un segundo, complementario, de 1.º de julio siguiente, en el que, tras ratificar dichas instituciones de herederos, desheredaba expresamente a la hija adoptiva por causas de injurias graves contra el causante y dedicación a la prostitución; cuarto, que por don A. O. R. se practicaron las correspondientes operaciones particionales al fallecimiento de su esposa, por escritura de 26 de marzo de 1965, y por los herederos de don A. O. R. al fallecimiento de éste, según escritura de 16 de diciembre de 1969, teniendo acceso al Registro de la Propiedad en lo referente a los bienes inmuebles de la herencia; quinto, que en dichas operaciones particionales de uno y otro cónyuge fue totalmente excluida la hija adoptiva, doña I. O. G.

Que ante dicha exclusión en la herencia de sus padres adoptivos, se ejercita por la actora en la presente litis una acción personal de petición de herencia, en su condición o cualidad de hija adoptiva de los mismos, sobre cuantos bienes, derechos y acciones dejaron a su fallecimiento, que pretende lo sea en la proporción de forma principal o para, en su caso, subsidiaria, y que concreta: A) En relación a la herencia de doña S. G. A.: 1) la totalidad de la herencia, con reserva de la cuota usufructuaria al cónyuge supérstite, de estimarse hubo preterición, y 2) subsidiariamente, de estimarse no la hubo, un tercio de dicha herencia, en concurrencia con don A., esposo de la causante y su heredero testamentario. B) En cuanto a la herencia de don A. O. R.: 1) la totalidad de la herencia si se

estima haber preterición, por no existir motivos de desheredación, o, en su caso, que hubo reconciliación; 2) subsidiariamente, para el caso de no estimarse lo anterior (la preterición), un tercio de la herencia, en concurrencia con los herederos testamentarios, don E. R. y don A. O. F., y 3) de no estimarse ninguno de los supuestos anteriores (estimación de la desheredación) declarar heredera de don A. O. a la hija de la actora en un tercio de la herencia, en concurrencia con dichos testamentarios.

Que importa consignar, a efectos de resolución de este recurso, que desestimada en la sentencia de Primera Instancia la desheredación de la actora, aducida por los demandados, conforme al segundo de los testamentos otorgados por don A. O., al no estimar probadas las causas que en el mismo se señalan, quedó firme, a virtud del principio de la *reformatio in pejus*, como no menos, que la recurrida sentencia, en el fondo, deniega cuanto en la preterición testamentaria esgrime la actora y con la que pretende justificar lo que hace objeto de pretensión principal en el suplico de la demanda, desestimada por la sentencia de apelación, dando lugar a la que lo es con carácter subsidiario, con lo que la actora muestra su conformidad al no recurrir de dicha sentencia.

Que si conforme a lo expresado ha de reconocerse a la actora su condición o cualidad de hija adoptiva de los cónyuges don A. O. y doña S. G. y el compromiso o pacto sucesorio contraído por éstos, en la escritura de adopción de 13 de abril de 1951, fecha ésta determinante de la legislación aplicable en cuanto a los derechos sucesorios de la persona adoptada, conforme al que se obligaban a instituirle heredera de un tercio, por lo menos, de los bienes que de uno y otro cónyuge resultasen a su respectivo fallecimiento, por lo que a dicho respecto ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 177 del Código civil antes de su reforma por Ley de 24 de abril de 1958: «El adoptado no adquiere derecho alguno a heredar fuera de testamento al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero», y, por tanto, si bien no se le reconoce la cualidad de heredera legitimaria o forzosa en la herencia de sus padres adoptivos, si heredará por el compromiso o pacto sucesorio que se impusieron los adoptantes en favor de la adoptada en la escritura de adopción, verdadera estipulación o contrato hereditario de naturaleza irrevocable, así reconocido, de aplicación tanto para los supuestos de sucesión intestada como testamentaria sin referencia a la persona adoptada, esto es, fuera de testamento, puesto que lo contrario no equivaldría sino a una verdadera desheredación sin justa causa, que no puede admitirse, si bien lo sea en concurrencia, en cada caso, con los herederos legítimos o testamentarios en la proporción correspondiente, toda vez que su derecho a la herencia nace, como se indica, de dicho pacto o compromiso y, por tanto, sin que lo pueda desvirtuar el silencio que representa tanto el no otorgar testamento, como el hacerlo con omisión de la persona adoptada, todo lo cual hace decaer los motivos primero y cuarto del recurso, en cuanto su fundamento estriba, en hacer depender los derechos sucesorios de la actora, en la sucesión de los recurrentes, en la necesaria institución testamentaria, para, consiguientemente, en virtud de aquel silencio en relación a la misma en los testamentos de sus padres adoptivos, negarle todo derecho a su herencia.

Que los motivos segundo y tercero, aunque formulados por números distintos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que aquél lo es por el ordinal primero, denunciando la violación de los artículos 1.080, en relación con los 814, 807, 177 (en su relación originaria) y 174, modificado por Ley de 24 de abril de 1958, todos ellos del Código civil, mientras que por el tercero, amparado en el número segundo, se tacha de incongruente, con violación del artículo 359 de dicha Ley Procesal Civil, a la sentencia recurrida, permite su agrupación el que sea precisamente la aplicación por el juzgador de Instancia de aquel primeramente señala-

do precepto el fundamento de uno y otro motivo, y a la vez que, en el sentir del recurrente, es indebidamente aplicado, dicha aplicación es la determinante de tal incongruencia, y si, en efecto, cabe señalar, en relación a cada uno de dichos motivos, que ejercitada por la actora, como ya quedó expuesto, la acción personal de petición de herencia, y el resultado al que se llega en la sentencia, en virtud de lo sancionado en tan meritado artículo y, consecuentemente, variando los términos en los que se desenvuelve la litis, es lo propio que una acción constitutiva y la correspondiente de condena, lo que tanto podía justificar, teniendo además en cuenta los términos del suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, la estimación de aquella denunciada incongruencia o la de la aplicación indebida de dicho precepto, sin embargo, es lo cierto que, conforme a lo expresado en los anteriores considerandos, desestimados el primero y cuarto de los motivos del recurso, la sentencia que se dictare en lugar de la casada, al tener que reconocer, en su condición de hija adoptiva, a lo que los adoptantes se obligaron a instituir la heredera, por lo menos, en un tercio de la herencia de cada uno, los derechos hereditarios derivados de tal pacto, esto es, teniendo que estimar la demanda en cuanto a la petición que en su suplico se hace en aquella forma subsidiaria que quedó consignada, sería notablemente más onerosa para la parte recurrente y, por el contrario, más beneficiosa para la recurrida, que dio a aquélla su conformidad, por lo que, de acuerdo a doctrina de esta Sala, es improcedente todo recurso cuando en la nueva resolución que se dictare hubiere de llegarse a la misma conclusión o a conclusión más grave a la que llegó la sentencia que había de ser casada, hace procedente la desestimación de dichos motivos y con ello la del recurso, con la preceptiva imposición de costas a la parte recurrente.

INCAPACIDAD DEL TESTADOR. Artículos 663, número 2.º, y 666 del Código civil (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1975).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso que por infracción de ley y de doctrina legal interpuso la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, revocatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de la misma capital, conforme a las siguientes consideraciones, de las cuales se deduce que el problema debatido es el de la apreciación de la capacidad del testador, resuelto negativamente por el Juzgado y afirmativamente por la Audiencia y el Tribunal Supremo.

Que la cuestión que plantea el recurso—que es una de las varias que fueron objeto del pleito que lo provoca—se reduce sencillamente a determinar si, cual sostiene la parte actora y recurrente, don J. D. B., en 27 de junio de 1963, cuando otorgó testamento abierto ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don J. Z. C., no se hallaba ya en el pleno goce de sus facultades mentales a consecuencia de la demencia senil que se le diagnosticó a finales de 1965, en el correspondiente expediente de incapacidad que terminó por sentencia de 6 de diciembre de dicho año, que lo declaró incapaz en vista de los dictámenes médicos, que proclamaban que ese cuadro psíquico que ahora presentaba no se improvisa ni surge en el momento, sino que arrastra de años atrás, en los cuales ya producía incapacidad, o, por el contrario, y como la sentencia recurrida afirma, aunque pudiera ser casi seguro que va en la fecha del testamento estaba incapacitado, con esa casi seguridad que insinuaban los Peritos, no constituía la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige para

declarar la incapacidad de una persona retrotraída a una fecha concreta anterior a la en que se hace tal declaración.

Que la sentencia recurrida, enfrentándose con la aludida prueba pericial médica obrante en autos, aunque comparte el convencimiento de aquellos facultativos respecto a la casi seguridad de la incapacidad del testador retrotraída a la fecha del testamento, recalca, sin embargo, que ella no tiene la *fuerza inequívoca o de seguridad exigida* por la doctrina legal para estimar como acreditada esa falta de capacidad, máxime cuando no aparece complementada—tal deficiencia probatoria—por unos abundantes testimonios de declaración del testador—que no se han ofrecido—y, en cambio, aparece contrarrestada por las rotundas manifestaciones del Notario autorizante y de los testigos del testamento, que afirman la plena capacidad del referido testador.

Que contra esta sentencia, la parte recurrente alza su recurso, integrado por cuatro motivos, todos ellos formulados al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los cuales lo que en realidad se combate es la apreciación probatoria que de los dictámenes periciales hizo la Sala sentenciadora, atacándola desde distintos puntos de vista, pretendiendo demostrar que aquellas vacilantes manifestaciones de los médicos—que hablan de que «aproximadamente», «casi seguro», «no puede afirmarse», «hace más de un año que estaba plenamente desarrollada la enfermedad»—debían vincular al Tribunal sentenciador y conducirlo inexcusablemente a declarar que don J. D. B. estaba incapaz ya el 27 de junio de 1963, a consecuencia de la demencia senil que se le diagnosticó dos años más tarde en grado muy avanzado y con período de desarrollo que también databa de años atrás; ese ataque a la apreciación de la prueba pericial realizada por los juzgadores de Instancia queda por completo sustraída a la censura en casación, por virtud de lo dispuesto en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia uniforme que lo desarrolla.

Que en el primero de los motivos del recurso se alega que la sentencia recurrida ha infringido, por el concepto de interpretación errónea, la doctrina legal establecida por las sentencias que en el motivo se relacionan; se argumenta por la recurrente en defensa de él: a) que la sentencia impugnada se apoya en dos fundamentos, a saber: primero, estimar que, a su juicio, para determinar la incapacidad de una persona no basta el informe pericial, sino que se precisa además la prueba testifical de relación con el sujeto en cuestión, y segundo, el prestigio de la fe notarial del funcionario avezado y prevenido en esa tarea y la apreciación testimonial de los que testificaron al acto del otorgamiento, y b) que la doctrina legal invocada de ningún modo obliga a que por testimonios de la vida de relación del testador se pueda determinar su capacidad o incapacidad, sino que permite destruir esa presunción *juris tantum* de capacidad sin que tenga que obtenerse una declaración previa de incapacidad para anular el testamento de una persona.

Que para la desestimación de este motivo basta observar: primero, que la sentencia recurrida no sostiene que para la declaración de incapacidad no sea suficiente la afirmación médica que lo proclame, siendo necesario complementarla con otros elementos probatorios, sino que lo que tal sentencia afirma es que la casi seguridad que los médicos aseveran en el concreto caso de autos no tiene, a juicio de la Sala, la fuerza inequívoca exigida por la doctrina legal si no se complementa con el resultado de otras pruebas que la corroboren y reafirmen; segundo, que si los juzgadores de Instancia, al contemplar y valorar la prueba pericial practicada, apreciaron que no tenía esa fuerza inequívoca que exige la jurisprudencia, actuaron dentro de los límites de sus facultades y se atemperaron a la verdadera exégesis que sobre la presunción general de capacidad tiene establecida la doctrina legal invocada, y por eso pudieron

sentar acertadamente la conclusión de que el diagnóstico retrospectivo de los especialistas en Psiquiatría no es suficiente para acreditar por sí solo la incapacidad de don J. D. B., retrotraída al 27 de junio de 1963, precisión inexcusable para otorgar la pretensión formulada por la demandante, y tercero, porque la frase deslizada por dichos juzgadores, respecto al convencimiento que dicen compartir con los médicos informantes, no puede analizarse desligándola de las que le preceden y le subsiguen, con arreglo a las cuales se infiere claramente que lo que comparten es el criterio de la «casi seguridad de la incapacidad referida al momento de otorgar el testamento, como se deduce fácilmente del empleo de aquellas otras frases y del análisis que hacen del resto de las pruebas, que comparten y revelan que no admiten más que como *casi segura* esa supuesta incapacidad en aquellas fechas».

Que en el motivo segundo sostiene la parte recurrente que la sentencia recurrida ha infringido, por interpretación errónea, el artículo 1.253 del Código civil, pues no obstante compartir los juzgadores el convencimiento de los Peritos médicos, que entienden que el señor D. B. estaba ya incapaz en la fecha en que otorgó el discutido testamento—dice dicha sentencia—, no llegan a declarar tal incapacidad por estimar que ello debió acreditarse con la prueba testifical de relación con el testador y, además, porque rechazan tal incapacidad el Notario y los testigos intervinientes en el instrumento público.

Que también este motivo tiene que ser rechazado: primero, porque los juzgadores de Instancia, para llegar a declarar que no se ha acreditado suficientemente la incapacidad del testador en el momento en que otorgó el combatido testamento, no hicieron uso de la prueba de presunciones ni tuvieron en cuenta para nada lo dispuesto en el invocado artículo 1.253, que, por tanto, no pudo ser interpretado erróneamente; segundo, porque no puede reputarse como hecho base, conocido y cierto, para de él deducir el desconocido la afirmación de la incapacidad del testador en el momento del otorgamiento—que se atribuye al informe médico con carácter de seguridad absoluta, cuando en realidad se formula en términos dubitativos—y, consiguientemente, no puede deducirse como hecho desconocido esa misma incapacidad; tercero, porque ese modo de argumentar hace supuesto de la cuestión, estimando ya como hecho cierto y probado el mismo que había que demostrar, y cuarto, porque, en último término, aunque se quisiera entender que los médicos proclamaban en su dictamen la incapacidad del testador ya en el momento del otorgamiento, aun con todo los juzgadores de Instancia no perdían su facultad de apreciar la prueba pericial con sujeción a las reglas de la sana crítica—artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—y en armonía con el resultado de las restantes pruebas, ya que el dictamen pericial dejó de constituir el llamado «juicio de peritos» de la antigua Ley Procesal de 1.855 y quedó reducido a simple medio probatorio no vinculante para el juzgador.

Que en el motivo tercero vuelve a invocarse la infracción del artículo 1.253 del Código civil, ahora por el concepto de violación y con carácter subsidiario del anterior motivo, sosteniéndose nuevamente que aquella afirmación médica de la casi segura incapacidad del testador en la fecha del testamento debía acarrear, como consecuencia inexcusable, la declaración judicial de dicha incapacidad.

Que al razonar de este modo, la parte recurrente esgrime los mismos argumentos erróneos de los motivos anteriores—que ya quedan desvirtuados—y, además, pretende imponer a los juzgadores de Instancia el empleo de la prueba de presunciones, aunque ellos no la estimasen necesaria y aunque llegaran a formar su convencimiento decisorio por otros medios de prueba.

Que como cuarto y último motivo del recurso se alega que la sentencia recurrida infringe, por el concepto de violación, al no haberlo aplicado debiendo serlo, el número 2.º del artículo 663 del Código civil, en relación con la violación del artículo 4 del mismo Cuerpo legal, ya que si se parte de que el dictamen médico, tantas veces invocado, proclamaba—en tesis de la recurrente—la incapacidad del testador en 27 de junio de 1963, debieron los juzgadores de Instancia aplicar aquel primer precepto y estimar que efectivamente estaba incapacitado, declarando, en consecuencia, la nulidad del aludido testamento.

Que este motivo tampoco puede prosperar, porque su éxito presupone, como base, la estimación de alguno de los anteriores, que demostrase que efectivamente el testador en la fecha que otorgó el tan combatido testamento se encontraba ya afectado por aquella demencia senil que se le diagnosticó a finales del año 1965 como plenamente desarrollada, y que ese desarrollo que ahora presentaba ya lo incapacitaba también en junio de 1963; pero tal demostración no se consiguió pese a los reiterados esfuerzos realizados en aquellos tres motivos anteriores.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LAS ORDENES MUNICIPALES DE EJECUCION DE OBRAS POR RAZONES DE SEGURIDAD, SALUBRIDAD Y ORNATO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1975).

I. ANTECEDENTES

1. El Ayuntamiento de M. acordó incluir una finca en el Registro Municipal de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa, por encontrarse incurso en el apartado 5, a), del artículo 5.º del Reglamento de 5 de marzo de 1964.

2. Con posterioridad, el Gerente Municipal de Urbanismo dicta un acuerdo por el que se ordena al propietario del inmueble la realización de determinadas obras inherentes a la conservación, ornato e higiene.

3. Contra el acuerdo ordenando la ejecución de las obras se interpuso recurso de reposición, y agotada la vía administrativa, recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por sentencia de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid de 28 de junio de 1973.

4. Contra la sentencia de la Audiencia se interpuso recurso de apelación, que fue estimado por sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1975.

II. LA SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DE 14 DE FEBRERO DE 1975

Esta sentencia, de que fue ponente Fernando Vidal Gutiérrez, en su primer considerando fundamenta la anulación de la orden de la Gerencia Municipal en las razones siguientes: «Tales acuerdos fueron dictados con fundamento y en aplicación del artículo 168 de la Ley del Suelo, es decir, tales acuerdos se perfilan como actos de intervención de la autoridad municipal en el caso de autos (a través de un específico órgano) y dentro de la órbita y competencia a ella atribuida para intervenir la actividad de sus administrados, y, por tanto, a los referidos acuerdos les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 4.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en cuanto a que tal actividad, y conforme a lo normado en dicho precepto, «se ejercerá mediante la concurrencia de los motivos que la fundamentan y precisamente para los fines que la determinen»; asimismo (dejando para más adelante el estudio del caso de autos en relación con lo dispuesto en el ya expuesto art. 4.º del Regla-

mento de Solares), y siguiendo en el estudio del alcance que pueda tener lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley del Suelo, aparece evidente que por razones de sistemática tal artículo forzosamente habrá de venir interpretado, en cuanto a su alcance, por lo que resulte de su coordinación con lo dispuesto sobre materia análoga a la por él regulada en otros artículos de tal texto legal, y en tal respecto, tanto por la doctrina de los comentaristas de la Ley del Suelo, como por la doctrina jurisprudencial, siquiera haya sido tal doctrina vertida de un modo indirecto, al haberlo sido a través de sentencias dictadas con ocasión de recursos sobre declaraciones de ruinas y en aplicación del artículo 170 de tal ley—como de declaración directa puede consignarse la de 4 de junio de 1965—, se ha venido, respectivamente, a entender y a declarar la existencia de un límite al alcance de las medidas, o sea, a las obras que la autoridad municipal administrativa, y en aplicación del artículo 168 de la Ley del Suelo, puede obligar a realizar a los propietarios de las fincas, que es también límite de la carga a la que según tal artículo vienen obligados dichos propietarios, y tal límite de carácter objetivo está constituido porque en manera alguna podrán acordarse, con fundamento en el artículo 168, obras que por razón de su cuantía, atendiendo a la relación del valor de ellas en relación con el de la edificación, por razón de su naturaleza intrínseca (de reconstrucción) o por razón de medios técnicos a emplear para su realización se encontraren incursas en los supuestos que en relación con tales conceptos han sido estatuidas por el artículo 170, en su apartado 2.º, como causas determinantes de la declaración de ruina del inmueble de que se trate, y ello porque ante la consideración de un inmueble que en razón de su estado físico precisa para su subsistencia o para la seguridad de las personas de obras de la entidad objetiva que queda expuesta, lo procedente en Derecho no es la aplicación del artículo 168 y, en consecuencia, imponer al propietario la realización de tales obras, sino, en aplicación del artículo 170, decretar el estado de ruina del inmueble. Pero además, y aparte de lo expuesto en cuanto al límite de las obras que, por razón de lo dispuesto en el artículo 170, han de tener las que puedan acordarse con fundamento y aplicación del 168, y que, como muy acertadamente se señalaba en la citada sentencia de 5 de junio de 1965, encontraba su fundamento en el carácter alternativo de los supuestos, respectivamente, contemplados en los artículos 168 y 170, se ha llegado, como consecuencia de lo expuesto, a la conclusión, admitida por ambas doctrinas de glosa y jurisprudencial, de que es improcedente una vez declarada en ruina una edificación (y dejando a salvo lo dispuesto en el núm. 4.º del art. 170 de la ley) ordenar en relación con ella, y al amparo del artículo 168, obras de la clase a que tal artículo se refiere y para los fines que en el número 1 del mismo se establecen. Y si se observa con atención cabe apreciar que hay una razón de fondo a la que responde tal conclusión y es, sin duda alguna, que la declaración de ruina de una edificación aboca tal edificación, con carácter de cuasi inmediatez en el tiempo, a su derribo, y por ello las obligaciones existentes sobre ella a favor de terceras personas como consecuencia de contratos arrendaticios a su extinción; por tanto, se viene a presentar como sin causa o, al menos, con causa sin grado suficiente, para justificar la imposición de la carga al propietario de la realización de tales obras, al no aparecer con entidad suficiente el fin a que tal cargo de obras de reparación o conservación u ornato de un edificio obedece, en el supuesto de que sea, máxime si, cual sucede en el caso de autos, es debido no a garantizar derechos objetivos fundamentales, cual lo es la seguridad de las personas ajenas al fundo, sino a efectos tan sólo de permitir la utilización de derechos subjetivos de un titular de un arrendamiento sobre tal fundo, dado tanto la expresada cuasi inmediatez en el tiempo (y una vez declarado el estado de ruina del inmueble) de su inexistencia o extinción como

consecuencia de su derribo, desaparición que lleva aparejada, a su vez, con carácter de inmediación, la extinción de las expresadas relaciones arrendaticias. Y, por tanto, para supuestos—y tal es el de autos—de finca que, en virtud de acuerdo anterior al recurrido, que obligaba, con fundamento en el artículo 168, a la realización de determinadas obras, había sido incluida, con fundamento en causa de las comprendidas en el número 5.º del artículo 5 del Reglamento del Registro Municipal de Solares, en tal Registro, resulta claro que, en cuanto la inclusión de tales fincas, con fundamento en alguna de las causas de tal citado número 5.º del artículo 5, determina, según lo dispuesto en el artículo 4 de tal Reglamento, un plazo de edificación que por su reducida duración en relación con los que se establecen cuando la inclusión de la finca en el Registro de Solares ha sido hecho con fundamento en la existencia de la causa del número 1.º del artículo 5, hace que al conjugar tal plazo de edificación del artículo 4 con lo dispuesto en el número 2.º del artículo 149 de la Ley del Suelo, se dé en tales supuestos (como es el de autos) una analogía y similitud como los efectos derivados de la declaración de ruina, y por ello se impone llegar a la misma solución que ante tal supuesto de ruina se llegaba, según queda visto en relación con la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 168, y si además a lo expuesto se añade que en el caso de autos la obra a que concretamente se refieren los acuerdos impugnados en el contenido y alcance rebasa, según permite entender el dictamen del Arquitecto municipal obrante en el expediente administrativo, el ámbito de la finalidad señalada por el número 1.º del artículo 168 a las obras, que tal artículo autoriza a ordenar a la autoridad administrativa, se llega a la conclusión, máxime si se atiende a lo limitado de los fines que con tales obras se obtendrían en función del escaso tiempo que ofrece la utilización del inmueble, que los acuerdos impugnados en el contencioso que nos ocupa no se han ajustado a las normas de proporcionalidad que deben informar actos de tal clase, según dispone el artículo 4.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y por ello se perfilan tales acuerdos como incurisos en el supuesto del número 2.º del artículo 83 de la Ley de Jurisdicción y, en su consecuencia, se impone la estimación del recurso contencioso contra ellos formulado.»

III. COMENTARIO

1. *Las órdenes urbanísticas de ejecución de obras*

Los artículos 168 y 169 de la Ley del Suelo regulan una de las manifestaciones de la potestad de policía. Para los fines previstos en el artículo 1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, los órganos municipales en cada caso competente podrán «dictar órdenes individuales para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo» (artículo 5, apartado c), del citado Reglamento) (1).

Como acto administrativo de intervención administrativa está sujeto al Ordenamiento jurídico. Su contenido, según la expresión del artículo 40, 2.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo—«se ajustará a lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico y será adecuado a sus fines».

De los distintos aspectos que ofrece el régimen jurídico de las órdenes reguladas en el artículo 168 de la Ley del Suelo, la sentencia comentada ofrece singular interés para una adecuada configuración del régimen de los requisitos objetivos.

(1) CARRETERO: «Actos administrativos de intervención urbanística sobre la propiedad», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 27, págs. 75 y sigs.

2. Los requisitos objetivos de las órdenes

a) *Finalidad de los actos*.—Las órdenes que prevé este artículo 168 de la Ley del Suelo tienen un contenido muy concreto y para unas finalidades no menos concretas: el contenido no puede ser otro que la ejecución de obras en «terrenos, urbanizaciones particulares, edificaciones y carteles»; su finalidad, «mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos».

De aquí que no pueda ejercerse la potestad que contempla este artículo para otra finalidad distinta. Única y exclusivamente podrá ordenarse la ejecución de las obras necesarias para conservar aquellas condiciones. A la ejecución de las reparaciones precisas para la higiene, ornato y conservación del inmueble obliga el artículo 168 e incluso son admitidas por el artículo 48, número 2. Así, sentencia de 25 de febrero de 1975 (ponente: Gordillo).

Estas obras pueden afectar no sólo a las edificaciones, sino también a los «terrenos, urbanizaciones... y carteles». Pensemos en un terreno que por su estado de abandono es un peligro para la salud pública, o en otro en que por su situación ofrece un peligro de caídas o accidentes. Es indudable que estaría dentro de las potestades de policía obligar a los propietarios a realizar las obras necesarias para mantenerlos en condiciones de salubridad y seguridad.

b) *Principio de proporcionalidad*.—El principio de proporcionalidad se sanciona con carácter general en el artículo 4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. La sentencia de 14 de febrero de 1975 sienta una correcta doctrina sobre el alcance de este principio en su aplicación al ejercicio de las potestades de policía, que prevé el artículo 168 de la Ley del Suelo.

Las obras que pueden ordenarse han de ser estrictamente necesarias para la finalidad perseguida.

Puede sentarse con carácter general que siempre que las obras ordenadas sean desproporcionadas con la finalidad perseguida, el acto infringe el Ordenamiento jurídico. Aun cuando sea dictado por órgano competente, aun cuando se hubiese seguido el procedimiento legalmente establecido, aun cuando fuese cierto el estado de inseguridad, insalubridad o falta de ornato, si las obras ordenadas van más allá de lo que estrictamente exige volver el inmueble al estado de seguridad, salubridad y ornato, el acto sería inválido por incurrir—como dice la sentencia de 14 de febrero de 1975—en desviación de poder.

Este principio general ha sido objeto de aplicación en varios supuestos concretos.

c) *Órdenes de reparación y declaración de ruina*.—Precisamente uno de los supuestos en que la jurisprudencia tradicional ha establecido el límite de las potestades para ordenar las obras de conservación es el de la naturaleza de éstas.

El artículo 389, párrafo primero, del Código civil establece que el propietario de un edificio que amenazase ruina «estará obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída». Pues bien, la alternativa, la distinción entre cuándo existe el deber de demolición y cuándo el de conservación con las reparaciones consiguientes, radica precisamente en la entidad de las obras.

En este sentido se ha pronunciado una jurisprudencia reiterada (2). Son exponente de esta doctrina jurisprudencial las sentencias siguientes:

(2) ORTEGA GARCÍA: *Inclusión de fincas en el Registro de Solares*, Madrid, 1974, págs. 124 y siguientes; LÓPEZ MERINO: «El estado ruinoso ante el Derecho», *Revista de Administración pública*, número 70, págs. 55 y sigs.

— Sentencia de 30 de enero de 1971: «Deben enjuiciarse las condiciones de seguridad de los inmuebles con criterios eminentemente técnicos, sirviendo los informes técnicos facultativos de base de razonamiento al suministrar los elementos de juicio necesarios para poder apreciar el estado de la finca de que se trate en relación con sus condiciones de conservación, posibilidad o no de consolidación, determinación del alcance de su mal estado, etc., para con base en todos esos datos físicos calificar al inmueble de ruinoso o, en su caso, negarle tal calificación cuando los daños y desperfectos que muestre sean de menor entidad y sea posible su conservación con la adopción de simples medidas ordinarias de reparación.»

— Sentencia de 29 de septiembre de 1971: «Si bien el artículo 168 de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 faculta a los Ayuntamientos para que puedan ordenar la ejecución de las obras necesarias para mantener en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público las edificaciones de los particulares en virtud de razones de policía urbana, no lo es menos que tales intimidaciones a los propietarios privados para que realicen obras de reparación o consolidación sólo pueden ser acordadas si los daños que puedan existir en inmuebles de esa naturaleza no son calificables legalmente como 'ruina', la que se encuentra definida en el artículo 170 de esa disposición legal, expresándose en su número 2.º tres supuestos, que de darse indudablemente cualquiera de ellos, procederá reconocer ese estado de derecho.»

— Sentencia de 15 de noviembre de 1971: «Que el concepto de edificio o finca ruinoso es un concepto unitario, salvo el caso de que existan cuerpos aislados o independientes en una edificación, sin que sea necesario que estén en estado ruinoso todos los elementos o dependencias para que proceda la declaración de ruina—sentencia de 2 de diciembre de 1969—, porque ésta afecta al edificio en su unidad y *no se puede imponer a los propietarios costear obras que no son factibles legalmente o que supongan no una reparación, sino una reconstrucción total de la finca en desfavorables condiciones técnicas*—sentencias de la Sala Cuarta de 7 de marzo y 14 de octubre de 1963, ratificando la doctrina establecida, entre otras, en las de 4 de diciembre de 1957 y 14 de marzo y 25 de octubre de 1958.»

— Sentencia de 26 de noviembre de 1971: «De ello no se sigue fatalmente la improcedencia de la declaración de ruina pretendida, como supone erróneamente el recurrente, por gozar de total y absoluta independencia en distintos supuestos de declaración de ruina que acoge el artículo 170 de la Ley del Suelo, sin que sea preciso, por tanto, su simultánea o conjunta concurrencia—sentencias, entre otras, de 10 de diciembre de 1963 y 21 de febrero de 1968—, correspondiendo la comprobación de sus presupuestos fácticos no sólo a la Administración, cumpliendo así con el deber que le imponen los artículos 389 del Código civil; 101, h), y 117, b), de la Ley del Régimen Local, y 168 y 170, número 1, de la Ley del Suelo, sino que también incumbe a la Jurisdicción revisora obrando en el ejercicio de la función que le asiste de fiscalizar el posible error en que puede haberse incurrido en su apreciación y calificación, ponderando a tal efecto tanto las pruebas que sirvieron de base al acto recurrido, como las aportadas de nuevo a los autos—sentencias de 21 de febrero y 29 de mayo de 1963.»

Una sentencia de 4 de octubre de 1974 (ponente: Botella Taza) ofrece este resumen general: «Que la obligación del propietario impuesta por el artículo 168 de la Ley del Suelo de mantener el edificio en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos convierte su contenido en deber de demolición cuando se dieren los supuestos previstos en el 170, números 2 y 5, sin perjuicio de actuaciones cualificadas por razón de urgencia y peligro, conforme al número 4 del mismo artículo de la ley

referenciada, es decir, que el estado ruinoso de la edificación constituye factor novatorio *ex lege*, sustituyendo el deber de reparar por el de demoler en función de reconstruir, y uno de los motivos determinantes de aquella transformación obligacional es, a tenor del número 2, apartado a), del referido artículo 170, el de daños no reparables técnicamente por los medios normales, infiriéndose así correlación conceptual entre la acepción técnica de medios ordinarios de conservación arquitectónica y el significado jurídico de reparación en su directriz finalista de adecuar el edificio a principios que son básicos para el ordenamiento urbanístico, de tal manera que si, en un primer estadio de su sentido, normalidad de medios es juicio técnico adaptado al daño en sí y a su causación, se halla dicho juicio supeditado a actuar dentro de los límites objetivos correspondientes a la obligación establecida por el artículo 168, de donde resulta que normalidad técnica de medios, en el legal significado, debe asimilarse a medios técnicos definidos en su alcance por la estricta obligación del propietario de mantener el inmueble en las condiciones requeridas por la ley, supuesta una aptitud estructural susceptible de ser mantenida, o sea, medios técnicamente adecuados a una finalidad de ordinaria reparación, y serán, por el contrario, calificantes de los daños como generadores de estado ruinoso cuando aquellos medios trasciendan técnicamente—condición necesaria—de los aplicables a una mera reparación y a la vez correspondan—condición suficiente—a elemento o elementos fundamentales de la estructura del edificio integrada en función de habitabilidad, derivándose de este modo, a los efectos examinados, una neta diferenciación entre lo que es reconstruir, aun utilizando partes viejas aprovechables, y lo que es reparar, aunque esto exija sustituir por otros nuevos elementos accesorios o no esenciales de la referida estructura, en cuya virtud, si los daños requieren medios técnicamente, es decir, objetivamente, propios de una reconstrucción estructural del edificio, no podrá sujetarse al propietario a la responsabilidad administrativa pertinente a la obligación de conservar, transformándose el contenido de ésta en demoler con independencia de la valoración económica de la restauración, ya que, en definitiva, en el supuesto del número 2, apartado a), del artículo 170, lo que provoca la declaración de ruina es la ineptitud estructural del edificio para cumplir su fin de habitabilidad o, en general, su adecuación urbanística, constituyendo dato legalmente significativo de la susodicha idoneidad exigir técnicamente los daños de medios de restauración que de modo normal, corriente u ordinario se aplican a una reedificación, concebida ésta como mutatoria o incluso reproductiva de la estructura del edificio, doctrina resultante de numerosas sentencias de esta Sala, entre otras, las de 29 de mayo y 29 de noviembre de 1968; 18, 20 y 31 de diciembre de 1971; 25 de enero, 24 de mayo, 25 de septiembre y 15 de diciembre de 1972, y 16 de mayo, 26 de octubre y 31 de diciembre de 1973.»

La sentencia ahora comentada reitera esta doctrina jurisprudencial.

d) *Improcedencia de ordenar la ejecución de obras en inmueble incluido en el Registro Municipal de Solares.*—La determinación de si las obras a realizar son o no de simple reparación es algo que debe verificarse en el procedimiento, cuyo objeto es dictar unas órdenes para ejecutar las obras previstas en el artículo 168 de la Ley del Suelo.

Ahora bien: cuando ya está prejuzgado por un procedimiento administrativo anterior la procedencia de la demolición, bien porque se hubiese declarado por la ruina, bien porque se hubiese incluido la finca en el Registro de Solares, entonces no tiene sentido la ejecución de obras para mantener la seguridad, la salubridad o el ornato públicos.

En este sentido, la jurisprudencia comentada sienta una doctrina irreprochable.

Jurisprudencia extranjera

UN «LEVE» LAPUS JURISPRUDENCIAL QUE ANIQUILA LA LEGISLACION DE ALQUILERES: *Janer vs. D.A.C.O. Tribunal Superior, Sala de San Juan. Civil, CS-72-7240-B.*

En 1972, la jurisprudencia del Tribunal Supremo—la verdadera jurisprudencia, que lo es la de los Tribunales de Instancia—dictó una sentencia, ratificada con el consabido «no ha lugar» del Tribunal Supremo ante la petición de revisión, que hace perder una gran parte de efectividad a la legislación de arrendamientos de carácter especial.

En Puerto Rico, como en todas partes, la vivienda es un elemento escaso. Y por mucho que se construya, lo seguirá siendo, ya que nunca se construye si no es en un mercado amplio, y aparte de las nuevas construcciones hay que recordar las casas que por el transcurso del tiempo se hacen inhabitables. Según cifras oficiales aproximadas, en el caso de Puerto Rico casi un tercio de lo construido no reúne condiciones. Puede, pues, reiterarse hasta la saciedad que la vivienda es un factor social de primera magnitud, que exprime la tendencia de todos los países a contraponer el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda, reforzando la protección de éste. Puerto Rico no fue excepción, y desde el 25 de abril de 1946 se promulgó la correspondiente ley, denominada de Alquileres Razonables, cuya finalidad era y es la protección del inquilinato. Para ello se instrumentó un control administrativo, que actualmente corresponde al Departamento de Asuntos del Consumidor.

Los hechos del caso son los siguientes:

Un propietario alquila su casa en mayo de 1971, por la renta de \$ 200 mensuales, para fines de vivienda. La inquilina estuvo ocupando dicha renta hasta julio de 1972, en que solicitó de la Administración de Servicios al Consumidor (D.A.C.O. en su actual denominación) una reducción en la renta.

De acuerdo con la legislación vigente, todas las casas que al momento de publicarse la ley estaban construidas vieron congelar su renta, excepto aquellas expresamente excluidas en la ley misma. Para aquellas casas de arrendamiento posterior a la entrada en vigor de la ley, el artículo 6, *d*), establece que: «Si la propiedad de alquiler no hubiese estado arrendada el 1.º de octubre de 1942, el Administrador (esto es, el funcionario al cargo de la Agencia de control de alquileres, en este caso el Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor) fijará el alquiler sobre la base de los alquileres prevalecientes en el momento de la determinación para propiedades similares y localizadas en zonas comparables que estaban arrendadas el 1.º de octubre de 1942. Hasta tanto el Administrador fije el alquiler correspondiente, el alquiler máximo de la propiedad será el primero cobrado.» Y para las casas edificadas después de 1942 establece la

ley una serie de criterios al efecto de determinar su renta autorizada. Además, la ley, en su artículo 9, establece que «todo propietario deberá inscribir la propiedad de alquiler en 'la Agencia administrativa correspondiente' dentro de los treinta días siguientes a la fecha de haberse arrendado por primera vez».

Por consecuencia, el legislador previene el control de rentas mediante dos procedimientos: a) la obligación impuesta a todo propietario para inscribir su casa en la Entidad encargada del control de rentas y alquileres; b) la facultad otorgada a la Administración Pública para, caso por caso, ir fijando la renta de cada inmueble. Solamente exceptuaba la ley, para los fines que aquí nos interesan, aquellas casas que tuvieran una renta de \$ 200 o más.

Volviendo al caso que nos ocupa, el Departamento de Asuntos del Consumidor atiende la reclamación del inquilino; comprueba que la casa tenía una renta, fijada en 1963, de \$ 80,95, y ordena al propietario la devolución de \$ 1.785 cobrados en exceso por el propietario.

Recurriendo éste en vía judicial, el Tribunal falla a favor del recurrente, declarando que la Administración de Asuntos del Consumidor carece de competencia (la sentencia dice «jurisdicción») para intervenir el alquiler objeto de este caso. Interpuesto recurso ante el Tribunal Supremo, éste confirma la resolución del Tribunal inferior.

Por elementales razones sociales, no me gusta la sentencia. Claro que estas razones no son muy relevantes actualmente, por más que se aireen constantemente. Por ello es mejor intentar acreditar la ausencia de razones técnico-jurídicas, así en el fallo del Tribunal de Instancia como en el Tribunal Supremo (aunque éste se limita a callar).

El exclusivo, simple y elemental argumento del Tribunal radica en invocar el artículo 4, b), 4.º, de la ley, que dice: «No se aplicarán las disposiciones de la ley a toda unidad de alquiler con una renta de \$ 200 o más por mes cuando la misma se usa para vivienda, y con una renta de \$ 400 o más por mes cuando se usa para fines de negocios, industria, oficinas profesionales, o para fines sociales o recreativos...»

Además recoge el Tribunal de Instancia algunas sentencias del Tribunal Supremo de Puerto Rico acerca de la competencia de las diversas ramas del Estado. Y concluye el Tribunal de Instancia que «el hecho de que la propiedad de alquiler hubiese estado controlada en nada afecta la exención del artículo 4, b), 4.º, de la ley..., ya que la misma opera de pleno derecho sin condición alguna».

La manía de algunos Tribunales de interpretar las leyes pensando que cada artículo vive solo, con olvido de que las leyes son (deben ser) orgánicas en su contenido y armónicas en su interpretación y aplicación, explica el *lapsus* jurisprudencial. Y un olvido se produce en este caso, el olvido del artículo 6, 1.º, a cuyo tenor: «No obstante lo que disponga en contrario cualquier contrato, pacto o convenio celebrado o a celebrarse, ningún propietario podrá cobrar ni recibir por uso, ocupación o arrendamiento de una propiedad de alquiler, un alquiler mayor que el máximo para esa propiedad de alquiler. Podrá cobrarse, pagarse o recibirse un alquiler más bajo que el máximo.»

Personalmente, creo que la ley es clarísima: todas las propiedades están controladas en su renta, para lo cual se obliga a los propietarios a inscribir dichas casas dentro del plazo de treinta días siguientes al primer alquiler. Entonces el Estado fija la renta correspondiente. La renta que se fije puede ser, según las condiciones de cada caso, inferior o superior a \$ 200 (vivienda) o \$ 400 (local comercial y asimilados); el Estado reserva su competencia sobre las rentas inferiores a tales cantidades, y declara libres los edificios que excedan por alquiler dichas rentas. Y si un propietario, en descarado fraude de la ley y de la Ley de Alquileres, no comunica, como es su obligación, a la Administración los alquileres suce-

sivos que pueda ir pactando, quien incumple la ley es el que así actúa. Sería comodísimo—y esto es lo único que autoriza la sentencia—que los propietarios reclamasen más de \$ 199,99 a quienes pretendan alquilarles un piso, porque así se acabó el control de alquileres, se acabó la ley y se acabó la Entidad administrativa encargada de atender este aspecto. Para evitarlo es que se incluye el artículo 6, 1.º, que con una claridad meridiana declara nulos los cánones de alquiler superiores a la renta autorizada o que *deba autorizarse*.

La pasión demoburguesa de algunos Tribunales, aparentemente obsesionados con defender la propiedad privada, no va a conseguir, sin embargo, sus fines, sino que, y así ocurre cuando se le da vueltas a la ley torciendo su espíritu y su letra, va a venir en resultar—como era de esperarse en un medio en que la vivienda hay que asegurársela al mayor número posible de personas—el efecto totalmente opuesto: el correspondiente proyecto de ley que sujeta al control las viviendas cuyos cánones de alquiler no excedan de \$ 400, y los locales que no excedan de \$ 800.

De otro lado, creo que debe recordarse al Tribunal que la exclusión declarada por el artículo 4, b), 4.º, es verdad que opera de pleno derecho; pero previamente debe consultarse el Derecho para conocer cuándo se dan las circunstancias que hacen que esa operatividad *ope legis* se produzca. Y para ese conocimiento es muy aconsejable dictar las sentencias sobre alquileres leyéndose toda la ley, y no un artículo de aquí u otro de allí. Y, finalmente, es muy feo que los Tribunales alienten el fraude a la ley; ellos están para proteger el Derecho, no para frustrarlo.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Doctor en Derecho

LIBROS

GARRIGUES, JOAQUÍN: *Contrato de seguro terrestre*. Madrid, 1973, XII + 678 págs.

La obra que en esta ocasión recensionamos es una continuación del camino emprendido en 1947 por el autor al dar a la publicidad el primer volumen de su *Tratado de Derecho mercantil*, según él mismo expresa en la consideración preliminar que la precede, ofreciéndonos nuevamente la sorpresa de abordar en forma sistemática una parcela de nuestro Derecho mercantil carente hasta la fecha de tal tratamiento.

En el referido preliminar se formula ya una cuestión básica para cuantos, como juristas, hemos estado de alguna forma relacionados con el mundo del seguro: la circunstancia de que en nuestro Derecho la base legal del contrato de seguro es muy defectuosa, reducida a unos pocos preceptos del Código de Comercio y, todavía más escasos, de leyes especiales o decretos dictados en forma esporádica, lo que lleva al autor a afirmar que el Derecho del contrato de seguro está en las pólizas y no en las leyes, y a una constante referencia en la exposición a las pólizas usualmente utilizadas en el mercado y a la legislación extranjera—fundamentalmente alemana, suiza, francesa, italiana y argentina—, pero no del Derecho angloamericano (según expresa GARRIGUES, no tanto por la contradicción de normas concretas, sino por la oposición entre dos mentalidades jurídicas diversas), extremo este último que me hace recordar la interesante obra *La tradición jurídica romano-canónica*, de JOHN HENRY MERRYMAN, cuya lectura propongo a los interesados en el tema que no la conozcan.

En síntesis, la materia del libro se distribuye en 16 capítulos, que contienen generalmente—salvo los I y II, en que es común—al final de cada uno de ellos una selección bibliográfica en que se recoge buena parte de la doctrina española correspondiente (tratados generales; monografías diversas; artículos de revistas especializadas, como la desaparecida *Riesgo y Seguro*, etc.), así como doctrina extranjera, con numerosas notas a pie de página, pues el texto se reserva a las ideas esenciales y a ellas se relegan los que el autor denomina problemas meramente constructivos y polémicas doctrinales, y cuyos capítulos suelen terminar—salvo los VIII, IX y XIV—con un epígrafe en que se recoge la específica jurisprudencia del Tribunal Supremo y en algunos casos resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, y en que notamos la completa ausencia de las del Tribunal Arbitral de Seguros.

Aunque gustosamente entraríamos en un análisis más particularizado del contenido del libro, he de aceptar los límites que impone una recensión, y que me parece que es más que nada noticia y presentación, aunque a veces pueda ser también—al menos, en alguna parte—polémica, y en esta línea he de manifestar que el contenido de la obra puede ordenarse en tres grandes partes: teoría general del contrato de seguro, seguros contra daños y seguro de personas o sobre las personas, lo que corresponde a las directrices del autor. Al repasar cada una de estas partes trataremos de comprender todos y cada uno de los capítulos de la obra.

A) Teoría general del contrato de seguro

Corresponden a ella los tres primeros capítulos. El capítulo I se abre con una introducción, en que es de destacar el examen de las condiciones generales del seguro, problema importante en un ordenamiento legal arcaico como es el español, que no ha recogido las nuevas figuras contractuales impuestas por la evolución del mundo de los negocios; pasa luego al examen de los fundamentos técnico-económicos del seguro, ya que para entender bien lo que es un contrato de seguro es preciso exponer sus fundamentos extrajurídicos, y analiza el autor el riesgo y sus elementos (posibilidad e incertidumbre, azar y necesidad pecuniaria), el interés, la explotación conforme a plan (en sus formas lucrativa y asociativa) y el concepto económico del seguro, extremo en el que tras examinar las dificultades de una concepción unitaria estima que procede una definición bipartita, separando el seguro contra los daños y el seguro sobre la vida, e incluso admitiendo un *tertium genus*, constituido por aquellos seguros que refiriéndose a personas obliga a pagar al asegurador los gastos o daños producidos por acontecimientos fortuitos, como la enfermedad, el entierro y funeral, etc.; en el apartado destinado al concepto y clasificación del contrato de seguro, se parte de la separación en el Código de Comercio entre el Derecho terrestre y el Derecho marítimo, que impone la distinción entre seguro terrestre (arts. 380 a 438) y seguro marítimo (arts. 737 a 805), para terminar en la clasificación de BRUCK, que el autor acepta y que distingue entre los seguros de intereses, que son los clásicos seguros contra daños y responden al sistema de la concreta cobertura de necesidad, o sea, que la prestación del asegurador se ajusta al daño efectivamente sufrido (incendios, transporte, marítimo), y los seguros de personas en sentido estricto, que responden al sistema de abstracta cobertura de la necesidad, en que el asegurador se obliga a una prestación cuya cuantía se determina en el contrato por anticipado y puede ser equivalente o no a la necesidad sentida (seguros sobre la vida), clasificación que ha de completarse con un tipo intermedio, el seguro de personas impuro o, en sentido amplio, en el que la prestación del asegurador responde al sistema de la concreta cobertura de necesidad (seguro de enfermedad, seguro de accidentes, seguro de invalidez, seguro de entierro y funeral, etc.) y cuya clasificación se refleja prácticamente en el sistema conforme al que han de ser explotados los «ramos».

El capítulo II se inicia con la referencia a las notas del contrato de seguro comunes a otros contratos (sustantividad, formalismo, bilateralidad, onerosidad, aleatoriedad y duración), pasando luego a la característica peculiar del contrato de seguro (la buena fe en la conclusión del contrato y la importancia de la declaración exacta del tomador); se estudian las figuras del asegurador y sus auxiliares, y dentro de este apartado, la problemática de la cesión de cartera y la fusión de entidades aseguradoras, así como las personas afectadas por el contrato de seguro distintas del asegurador (asegurado, contratante y beneficiario del seguro, y las modalidades de seguro por cuenta ajena y seguro por cuenta de quien corresponda).

El capítulo III, último de los destinados a la teoría general, analiza cuestiones tan importantes como la perfección del contrato, apartado en el que tras una referencia aclaratoria al nacimiento de la relación de seguro en los denominados seguros sociales y en los llamados obligatorios (dentro de los privados, pero en los que el contrato se celebra por imposición de la ley), se centra el estudio en los contratos libremente pactados señalando el alcance y peculiaridades de la precontractual proposición de seguro, de la póliza de seguro y su cesión, de las cartas de garantía y los suplementos de póliza; la prima de seguro, en su aspecto de elemento esencial del contrato, en su consideración de prima «neta

o pura» y prima «bruta, comercial o de tarifa», y los principios de indivisibilidad y permanencia a que está sometido su pago; el riesgo como causa del contrato, considerado no como elemento técnico-económico, sino desde el punto de vista técnico-jurídico, o sea, en su sentido de causa y referido a un hecho cuya realización se teme por el tomador del seguro, y el principio de la individualización del riesgo cubierto por el contrato; el reaseguro, examinándose la motivación económica del mismo—en pocas palabras, reducir las consecuencias del riesgo para el asegurador, cuando así lo exijan las conveniencias de la explotación conforme a plan—, su concepto y naturaleza jurídica, sus formas de explotación a través del reaseguro singular o facultativo y el reaseguro general o mediante tratado, la forma y contenido del contrato de reaseguro y los contratos afines de coaseguro, seguro subsidiario y contraseguro.

B) *El contrato de seguro contra daños*

a) *Teoría general.*—Se destinan a ella en el libro dos capítulos: los IV y V de la obra. Como ocurre respecto del seguro en general, tampoco respecto del seguro contra daños el Código de Comercio español contiene una reglamentación general y sólo regula especies concretas del mismo (el seguro contra incendios y el de transportes terrestres), por lo que generalizando disposiciones particulares de uno y otro tipo es como puede llegarse a una doctrina general.

El capítulo IV se inicia con el estudio del interés que se asegura, concepto inseparable del de daño patrimonial y que tiene su marco propio en el seguro contra daños, deslindando los conceptos vulgar y técnico-económico de interés (este último es el recibido por el Derecho positivo) y sus diversas clases, examinando las repercusiones de la enajenación de la cosa asegurada, la dependencia del contrato de seguro respecto del interés y las relaciones entre el principio indemnizatorio—en cuya virtud el seguro no debe procurar nunca un beneficio para el asegurado, colocándole en situación mejor que si el siniestro no se hubiese realizado—, el valor del interés y la suma asegurada, así como la especialidad que al respecto significan las denominadas póliza valorada o póliza tasada o estimada. Se analizan luego las hipótesis concretas en que se materializa la problemática a que acabamos de hacer referencia: infraseguro, sobreseguro y seguro doble. Y, sucesivamente, se estudian: el principio de la individualización del riesgo y los criterios para identificar el riesgo, que conducen a indicar positiva o negativamente los riesgos excluidos, y el supuesto especial de las pólizas generales o flotantes; la problemática de los riesgos extraordinarios; la prima del seguro, en su aspecto de elemento esencial, en cuanto sin ella el asegurador no podría formar el fondo necesario para el pago de los siniestros sobrevenidos; la suma asegurada, en el mismo aspecto, en cuanto necesaria para poder calcular la prima, y la duración del seguro, entendiendo como tal todo el tiempo durante el cual subsiste la relación de seguro, que se divide en una serie de unidades de tiempo, a cada una de las cuales corresponde el pago de la prima, y son los denominados períodos de seguro.

Los diversos apartados que se contienen en el capítulo V son: contenido del contrato, en que se señala la característica de que no se agota este contrato en un cambio de las prestaciones fundamentales del asegurado (pago de la prima) y del asegurador (pago de la indemnización), sino que aparece una relación duradera, que da lugar a una serie de obligaciones *sui generis* (propriadamente cargas) del tomador del seguro, que en su mayor parte no aparecen en nuestro Código de Comercio, pero son tradicionales en el Derecho vivo de seguros contenido en las pólizas, que se refieren a dos fases distintas, separadas por el hecho culminante del

siniestro, y se examina en esta perspectiva la fase anterior al siniestro; el siniestro, que se define como acontecimiento que estando previsto en el contrato produce un daño patrimonial para el asegurado; deberes del tomador del seguro posteriores al siniestro (de comunicar el siniestro al asegurador, de salvamento, de comunicar y probar el daño sufrido); incumplimiento de la obligación—pago de la prima—y deberes del tomador anteriores y posteriores al siniestro y alcance particularizado en cada caso; validez de las cláusulas de caducidad, huérfanas de una adecuada regulación en el Código de Comercio; la prescripción en el contrato de seguro; la obligación del asegurador posterior al siniestro: reparación del daño, condicionada al cumplimiento de ciertos deberes del tomador y limitada en su cuantía por el importe previamente convenido como suma asegurada, con la aplicación para el caso de infraseguro de la «regla proporcional» en el caso de siniestro parcial (art. 408 del Código de Comercio), salvo la previsión de la oportuna cláusula contractual o el supuesto conocido como seguro a primer riesgo; reparación que provoca una importante consecuencia: la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra el causante del daño, principio a que se ha llegado después de una larga evolución en la jurisprudencia de los Tribunales y en la práctica aseguradora y cuyo mecanismo de funcionamiento se detalla.

b) *Los seguros de daños en particular.*—La primera figura que se examina es el seguro contra incendios (capítulo VI), a la que precede una breve consideración sobre las clases de seguros contra daños, aceptando GARRIGUES la clasificación que distingue un primer grupo, que corresponde a aquellos seguros de daños en que éstos pueden afectar a una cosa determinada, en cuya conservación tenga interés el asegurado (seguro contra incendios y los accesorios de éste, seguro contra el robo y otros daños, seguros cinematográficos, seguro de transporte terrestre y seguro de crédito), y un segundo grupo en el que los daños pueden afectar al patrimonio entero del asegurado, sin concretarse en una cosa de ese patrimonio (seguro de responsabilidad civil en general, seguro de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos de motor y seguro contra los riesgos de la energía nuclear).

En el estudio del seguro contra incendios expresa el autor que, como sucede en todos los seguros contra daños, hay que definir el siniestro —a diferencia del seguro sobre la vida para caso de muerte—, que en este supuesto es el incendio, y que a falta de una delimitación legal, así como de los condicionados generales de las pólizas utilizados en el mercado, se delimita como el abrasamiento o combustión de una cosa en condiciones anormales, sea porque esa cosa no estaba destinada a ser objeto del fuego, sea porque se queme fuera del lugar o del tiempo previstos; se examinan a continuación la delimitación de las causas de incendio (caso fortuito, salvo los extraordinarios, el dolo de un extraño y la negligencia del asegurado o de las personas de que responda civilmente); el objeto del contrato (cosas asegurables); los daños y pérdidas indemnizables; la reparación del daño causado por el incendio, extremo respecto del que se estudia el interesante aspecto de la posición jurídica del titular de un derecho real sobre la cosa asegurada; para terminar con los seguros accesorios del de incendios (seguro contra la pérdida de alquileres, seguro contra la pérdida de la cosa arrendada, seguro contra los daños derivados para el arrendatario por la pérdida de posesión de la cosa arrendada, seguro contra la pérdida de beneficios de la explotación del negocio localizado en el inmueble asegurado).

El capítulo VII está destinado al seguro contra el robo y otros daños. Del seguro de robo no se contiene ninguna disposición en nuestro Código de Comercio, y esta modalidad se caracteriza porque el siniestro sólo ocasiona la sustracción de la cosa del poder de disposición de su dueño

o legítimo poseedor, y su definición no es difícil, pues se basa en el concepto legal del delito de robo; en cuanto a los objetos susceptibles de ser asegurados, se destaca que el seguro ha de recaer sobre cosas muebles materiales que hayan sido incluidas en la proposición de seguro, haciéndose referencia a las exclusiones e inclusiones usuales, al alcance de la localización, a las modalidades de seguro de cosa individualizada y seguro de un conjunto de cosas; se examinan los riesgos cubiertos y excluidos, así como los deberes y obligación del tomador del seguro y las especialidades que presenta este seguro en cuanto al siniestro y su liquidación. Otros seguros a que se hace referencia son: el seguro combinado de incendio, explosión, robo y expoliación; el seguro contra los daños y el robo de automóviles; el seguro contra la infidelidad de empleados y dependiente, y el seguro contra roturas y desperfectos (cristales y maquinaria).

El tema de los seguros agrícolas se centra en el capítulo VIII en dos modalidades, las más tradicionales: el seguro contra el granizo y los seguros del ganado. El primero de ellos se define por el autor como aquel que tiene por objeto garantizar al asegurado contra los daños producidos en sus cosechas por consecuencia de la percusión del granizo sobrevenido en las parcelas y en el tiempo previstos en el contrato, pasando luego al estudio de las peculiaridades que ofrece este contrato en cuanto al riesgo, al objeto del seguro, a los riesgos incluidos y excluidos y al siniestro y su liquidación. En el segundo, el asegurador garantiza al asegurado contra el riesgo de muerte del animal o animales objeto del seguro causada naturalmente o por su sacrificio, consecuencia de la inutilidad del animal subsiguiente al accidente sufrido, examinándose asimismo las particularidades en orden a los riesgos incluidos y excluidos, a los derechos y obligaciones de las partes y a las causas de rescisión del contrato.

En el capítulo IX define GARRIGUES el seguro cinematográfico como aquel que protege al empresario de una explotación de esta clase contra ciertos riesgos que amenazan el interés de un producto denominado película en las condiciones económicas previstas, y expresa que los riesgos cubiertos mediante estos contratos los encontramos en otros tipos de seguro; pero la especialidad está en que afectan a cosas y elementos *sui generis*. Las modalidades estudiadas en el capítulo son el seguro contra el riesgo de interrupción de la producción, el seguro contra los daños de los negativos de películas, el seguro contra los daños de las positivas o copias de las películas, el seguro contra los riesgos de aparatos y accesorios cinematográficos, el seguro contra los riesgos de las positivas o copias destinadas a formar los programas de los espectáculos y el seguro de responsabilidad civil contra accidentes causados a terceros en la producción de películas.

El capítulo destinado al seguro de transporte terrestre es el X. GARRIGUES lo define como el seguro contra los riesgos que amenazan el interés del asegurado durante el transporte de las cosas y en los momentos que le preceden, interrumpen o siguen, y señala que históricamente es de aparición tardía, a diferencia del de transporte marítimo, y que su escasa regulación en las leyes y en el condicionado de las pólizas utilizadas acusa la influencia de este último. El autor se limita aquí al transporte por carretera en autocamiones y referido a las cosas (medio de transporte o cosas transportadas), y va analizando las especialidades de la póliza, el riesgo asegurado (el principio de universalidad de riesgos del art. 435 del Código de Comercio ha sido abandonado en las pólizas usuales que detallan los riesgos incluidos y excluidos), el interés que se asegura (art. 434 del Código de Comercio: no sólo los dueños de las mercancías, sino todos los que tengan interés o responsabilidad en su conservación), el objeto del interés asegurado y el valor asegurado (sirve de base el que tuvieren las mercancías en el lugar de expedición).

El contenido del capítulo XI se escinde en dos partes claramente diferenciadas: el seguro de crédito en general y el seguro de crédito a la exportación como modalidad especial. En el estudio de los antecedentes del seguro de crédito expresa el autor cómo el riesgo de insolvencia del deudor—que sigue al crédito como la sombra al cuerpo—ha sido combatido históricamente con instrumentos jurídicos tradicionales, como el *star de credere*, el aval y la cosuscripción bancaria; pero hay un contrato cuya finalidad típica es tender a indemnizar al acreedor de la pérdida sufrida en su patrimonio por la insolvencia del deudor, que es precisamente el seguro de crédito; seguro que ha sido conocido de antiguo, a pesar de las dificultades doctrinales para encajarlo en el cuadro de los principios generales del seguro, ya que bien sea el acreedor, bien el deudor, quien lo contrate, contradice el principio de no ser asegurables las consecuencias de la propia actividad contractual y que raramente ha sido objeto de regulación, como ocurre en nuestro Código de Comercio—salvo en la modalidad especial—. GARRIGUES define este seguro como aquel que bajo distintas formas tiende a indemnizar al asegurado de los perjuicios patrimoniales que sufra por consecuencia de la insolvencia de su deudor; analiza luego las peculiaridades del riesgo, de la suma asegurada (aunque debe coincidir con la cifra del crédito, en la práctica se reduce a un porcentaje de esa cifra, y las pólizas usuales son pólizas globales en que entran, por períodos anuales, todos los créditos de una determinada clase o de unos determinados clientes), de las cargas y obligaciones del tomador del seguro y del pago de la indemnización por siniestro.

Respecto de la modalidad especial del seguro de crédito a la exportación, destaca GARRIGUES que se desarrolla en cada país paralelamente a su comercio exterior, es modalidad reciente y en todos los países en que existe ha sido puesto de una forma u otra bajo la tutela estatal. Analiza los diversos modos de realizarse la intervención estatal referida a varios ordenamientos jurídicos y la evolución seguida en España hasta llegar al régimen legal vigente, que se examina en detalle, tanto respecto de los principios en que se inspira como de las diversas modalidades admitidas, en cuyo detalle no vamos a entrar aquí, dado el carácter provisional de las disposiciones que han regulado hasta el presente este tipo de seguro, del que considera el autor está en un constante devenir legislativo, ofreciéndose como un instrumento de protección y apoyo para las operaciones de exportación al extranjero.

El capítulo XII se dedica al seguro de responsabilidad civil en general, cuyo estudio se inicia con la delimitación de que constituye en este supuesto el riesgo a asegurar, esto es, la responsabilidad civil del asegurado, responsabilidad que se refiere a la obligación que tiene una persona de reparar los daños sufridos por otra. Este tipo de seguro tampoco está regulado en el Código de Comercio español, que ni siquiera alude a él, y respecto de las objeciones que sobre su admisión en la práctica plantea parte de la doctrina jurídica, manifiesta GARRIGUES que los inconvenientes de este tipo de seguro se superan con ventaja por las limitaciones y exclusiones que las pólizas contienen y, sobre todo, si se piensa que una gran mayoría de actividades empresariales no podrían ejercerse sin la posibilidad de recurrir al seguro de responsabilidad civil. Este seguro es definido como el que se contrata frente al riesgo de quedar gravado el patrimonio por una obligación de indemnizar derivada de la responsabilidad civil del tomador del seguro, y como clasificación pueden diferenciarse aquellos seguros en que el valor del interés asegurado se determina por el valor de una cosa sobre la que puede producirse el siniestro, de otros en los que el valor del interés asegurado no puede determinarse en el momento de concertarse el seguro, porque falta la referencia a una cosa cuyo valor sirva de límite máximo a la responsabilidad que el asegurado pueda contraer frente a terceros. En el resto del capítulo se estudia

el riesgo asegurado y el siniestro, el interés asegurado, el seguro de responsabilidad civil total, las obligaciones y cargas del tomador del seguro, la obligación del asegurador y los derechos del tercero perjudicado (particularmente en orden a la posibilidad de la acción directa del perjudicado frente al asegurador).

Dada la amplia variedad de situaciones en que resulta aconsejable (a veces obligatorio) concertar un seguro de esta especie, el autor se ha limitado a la doctrina general sobre el seguro de responsabilidad civil y a dos seguros especiales de responsabilidad civil, a que se refieren los capítulos XIII y XIV: el seguro obligatorio de responsabilidad civil por el uso de automóviles y el seguro contra los riesgos de energía nuclear.

En cuanto al primero de estos seguros especiales, se inicia el capítulo correspondiente con el examen de los antecedentes y la evolución del tratamiento del mismo en diversos ordenamientos jurídicos—que marcan dos especialidades respecto del tipo clásico de seguro de responsabilidad civil: la obligatoriedad del seguro y la acción directa de la víctima contra el asegurador—para pasar luego al Derecho español, representado por el texto refundido que se publicó el 8 de abril de 1968 y cuyos principios fundamentales son: el de la responsabilidad relativamente objetiva, el de la obligatoriedad del seguro, el de la acción directa y el de la limitación del seguro obligatorio a los daños a las personas—incorporado este último por la reforma que supuso el Decreto de 22 de marzo de 1965—, deteniéndose el autor, en particular, en el examen de la naturaleza de este seguro, el ámbito de aplicación de la ley, la obligación de asegurar, la responsabilidad que se asegura, las obligaciones de los contratantes del seguro, los derechos del perjudicado y el Fondo de Garantía.

En cuanto al segundo, inician el capítulo XIV unas consideraciones generales en las que se plantea la necesidad de que los daños que eventualmente puedan derivarse de la energía nuclear o del uso de materias radiactivas estén asegurados, así como la dificultad de encajarla en los viejos esquemas jurídicos—puesto que se recurre a un instrumento como el seguro de responsabilidad civil, de difícil adaptación a este novísimo riesgo catastrófico—y en las bases habituales de la técnica actuarial por falta de resultados estadísticos; de otra parte, la enorme extensión previsible del daño, tanto por el tiempo en que pueden perdurar los efectos del siniestro como por la cuantía económica de aquél, hace que las habituales formas del coaseguro y reaseguro se combinen a través de la fórmula de los llamados «*Pools* atómicos» de carácter nacional, bien que en estrecha relación con los de los demás países. En diversos apartados, y partiendo de la ley española de 29 de abril de 1964, se examinan los conceptos básicos de la misma (daño nuclear, accidente nuclear y explotación nuclear), la responsabilidad civil derivada de daños nucleares, la cobertura del riesgo y el contrato de seguro contra el riesgo de daños nucleares (el asegurado, sus obligaciones y cargas; el asegurado y sus obligaciones; el beneficiario).

El capítulo XIV termina con un breve estudio del seguro de riesgo litigioso, que el autor estima puede considerarse como derivado del de responsabilidad civil y define como un contrato sustantivo que obliga al asegurador a pagar los gastos judiciales en que pueda incurrir el asegurado; analiza el seguro denominado en la práctica española de «fianzas y defensa criminal», ligado a un seguro de responsabilidad civil por uso de automóviles, y que contempla también la asistencia profesional en el proceso, prestación que plantea la duda de si nos encontramos ante un contrato de seguro y si, cualquiera que sea su calificación, es un contrato válido, problema de calificación que estima GARRIGUES ha de resolverse atendiendo a la causa como elemento identificador del contrato y señala cómo no ha sido uniforme el criterio de los legisladores y de las autoridades de control de los seguros privados en los diversos países. Una

última cuestión planteada en relación a este tipo de seguro es la de la posible colisión de intereses cuando una misma aseguradora practica el seguro de responsabilidad civil y, a la vez, el de asistencia jurídica; entonces, como asegurador de responsabilidad civil, puede convertirse en demandado en la misma acción que debe ejercitar para el acreedor, como asegurador de su protección jurídica.

C) *El seguro de personas o sobre las personas*

El capítulo XV es el primero de los dos que se destinan en el libro a este grupo de seguros. Se abre con una introducción general, en la que, en la forma que antes vimos, se distingue el seguro contra daños de estos seguros por el diverso sistema de cobertura de la necesidad, y se separa el seguro de personas en sentido estricto, representado por el seguro sobre la vida, de los llamados seguros de personas en sentido amplio (accidentes, enfermedad), en los que el asegurador repara un daño físico personal o también económico (pérdida de retribución por un trabajo que no se presta, honorarios médicos, etc.) derivado de unos hechos (accidente, enfermedad), y en los que, como en el seguro de vida, el siniestro afecta a la persona humana directamente y no a las cosas en que la persona humana tenga interés; pero hay puntos de contacto con los seguros contra daños, si bien aquí no es preciso comprobar si existe un interés asegurable, pues se supone que el interés de conservar la salud o la integridad corporal existe siempre y por ello no es necesario demostrarlo.

Sigue el capítulo con la consideración de los diversos aspectos del contrato de seguro sobre la vida, que se define como todo seguro en el cual la prestación del asegurador consista en el pago de un capital o de una renta de antemano fijados y dependa de la duración de la vida de una persona. El riesgo que el asegurador asume descansa en la incertidumbre sobre la duración de la vida humana, y ello se traduce en ciertas especialidades en la reglamentación de este seguro, que afectan, sobre todo, al contenido de la declaración precontractual (deber de declaración exacta, su comprobación, las cláusulas de indisputabilidad); a los requisitos de la póliza (los del art. 417 del Código de Comercio español y art. 25 del Reglamento de Seguros Privados de 2 de febrero de 1912); al cálculo de la prima y a la creación de una reserva *sui generis* (la reserva matemática, distinción entre prima natural-prima media); a la complejidad de los elementos personales (seguros con y sin designación de beneficiario, seguro sobre la vida ajena, seguro de grupo); a los derechos especiales (carácter no coactivo del pago de la prima, derechos respecto de la reserva matemática—rescate, capital reducido, anticipos sobre la póliza, pólizas con participación en beneficios—) del asegurado durante la vigencia del contrato; derecho a la prestación del asegurador según modalidades; incidencia de la devaluación monetaria, etc.

El capítulo XVI, y último, está dedicado al estudio del seguro individual de accidentes y al seguro de enfermedad.

En cuanto al primero, se inicia el análisis con el examen de los antecedentes, donde se expresa cómo nace este seguro como defensa contra los riesgos personales en el ámbito de los transportes marítimos y luego en los transportes por ferrocarril, extendiéndose más tarde a la esfera laboral, aunque hoy, dentro del denominado seguro privado, continúa su práctica sólo para accidentes distintos de los laborales, por regla general. va que estos últimos han pasado al sistema de Seguridad Social, en que desaparece el contrato. Pasa luego el autor al estudio de la separación de las instituciones de Derecho público propias de la Seguridad Social, de una parte, y de otra, de los seguros de responsabilidad y de los seguros de

personas. Estudia el concepto de accidente, que se define por GARRIGUES como la lesión corporal sobrevenida al asegurado contra su voluntad y debida a una causa momentánea, externa, visible y violenta; desarrolla el régimen de inclusiones y exclusiones propias de este seguro, así como la declaración del contratante y la modificación del riesgo, el siniestro y su liquidación, y la modalidad especial del seguro colectivo de accidentes en su variante de seguro de los ocupantes de un vehículo automóvil.

El seguro de enfermedad se define por GARRIGUES como aquel que protege al asegurado contra las consecuencias económicas de un estado anormal del cuerpo o del espíritu (enfermedad), según dictamen médico; seguro que puede extenderse a los gastos de enterramiento, en su caso, o constituir este último un seguro independiente. Se examinan sus antecedentes y su naturaleza jurídica, los riesgos cubiertos y excluidos, las prestaciones del asegurador, que varían según se trate de un caso de enfermedad o de invalidez o fallecimiento. Se alude, finalmente, al seguro denominado de «asistencia sanitaria», cuya diferencia con el de enfermedad propiamente dicho está en que éste es un seguro de sumas, mientras que aquél es un seguro de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos o de hospitalización, y que junto al supuesto que podíamos llamar general presenta en la práctica aseguradora, como especiales modalidades, aquel en que el contratante participa en el coste de los servicios y el en que el asegurado tiene libre elección de facultativo.

Con cuanto queda expuesto tenemos una visión de conjunto—detallada hasta donde en una tarea de esta naturaleza es posible—del plan de la obra y de su contenido. Podíamos preguntarnos si en el libro se abordan todos los problemas jurídicos básicos que plantea esta materia y si los tipos de seguro tenidos en cuenta son todos o, al menos, una gran mayoría; en cuanto al primer extremo, nos parece que sí, y la cuidada referencia bibliográfica y jurisprudencial, así como las abundantes notas a pie de página, remiten al estudioso o al lector más exigente a donde pueda encontrar respuesta a sus interrogantes; en cuanto al otro extremo, posiblemente se han estudiado las modalidades más importantes, pues recogerlas todas es materialmente imposible, dada la enorme variedad de tipos contractuales y la gestación continua en la práctica aseguradora de nuevas modalidades, ya que el seguro, en definitiva, tiende a satisfacer una futura necesidad económica y nuevas actividades humanas plantean infinidad de nuevas necesidades.

En suma, tendríamos que abundar en la importancia de ésta, como de otras obras del profesor GARRIGUES, y particularmente de la grata sorpresa que constituyen las aparecidas después de su jubilación universitaria. Una vez más, la doctrina mercantilista española queda enriquecida en un nuevo aspecto, con un libro que—aunque hemos de aceptar que, como toda obra humana, es mejorable—resulta imprescindible de cara al futuro y colma una laguna largamente advertida hasta su aparición. Confiamos que sirva también para animar al legislador para realizar y poner en vigor una reglamentación moderna y completa del contrato de seguro en nuestro Derecho, de la que aún carecemos; pero, en cualquier caso, los juristas hemos de agradecer este enorme trabajo de ordenación, clarificación y síntesis, hecho muchas veces sin otros materiales que el buen sentido jurídico del profesor GARRIGUES y los, en ocasiones farragosos y complicados, condicionados de las pólizas usuales.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO

CONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS: *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1974.

La obra consta de 306 páginas, distribuidas en tres capítulos, con una introducción previa sobre las consideraciones acerca de la insolvencia.

Aunque la insolvencia sea una palabra acreedora de un único concepto, pueden derivarse de ella múltiples y polivalentes significados, que están en función del campo a que se aplique.

La insolvencia tiene repercusiones en el mundo económico, donde el comerciante desarrolla su actividad; en el ámbito de sus relaciones jurídicas, e incluso se reflejará en la contabilidad de su empresa o comercio.

En el orden económico la insolvencia va íntimamente unida al crédito, ya que puede decirse que es el motor de las relaciones que se dan en este ámbito. En términos económicos la insolvencia se traduce en una falta patrimonial para hacer frente a las deudas contraídas.

En el orden jurídico, más que el concepto, son los efectos de la insolvencia lo que interesa.

En términos contables se puede decir que la insolvencia es el desequilibrio aritmético que existe entre el activo y pasivo del balance a favor de este último, aunque, como dice el autor, si bien el criterio contable puede ser en ocasiones adecuado para deducir si existe una insolvencia, puede que en otras no lo sea y que, desde luego, no debe ser el único criterio que tenga en cuenta la Ley para declaraciones tan trascendentes como las de quiebra o suspensión de pagos.

En cuanto a las clases de insolvencia, desde el punto de vista real y práctico, atendiendo a su concepto más estricto, la insolvencia no admitirá más clase ni distinciones que la que por contraposición a la solvencia la define: una falta de medios patrimoniales del comerciante para pagar sus deudas. Ahora bien, desde el punto de vista legal como extralegal se pueden hacer distinciones, y de hecho la Ley las hace precisamente para, partiendo de lo que se puede llamar una verdadera insolvencia o insolvencia definitiva, contraponer otros conceptos que no siendo éste puedan a veces confundirse y que a menudo están en relación con el hecho de una insolvencia considerada en sentido estricto.

Por esta razón, no trata de recoger todas las posibles distinciones que al respecto se pudieran hacer, sino sólo señalar aquellas que para su análisis y estudio serán más útiles:

- a) Insolvencia contable e insolvencia real.
- b) Insolvencia provisional e insolvencia definitiva.
- c) Insolvencia de hecho e insolvencia jurídica; y
- d) Insolvencia fortuita, culpable y fraudulenta.

En cuanto a la insolvencia en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que la insolvencia del comerciante está regulada por normas mercantiles, procesales y penales, aparte de la regulación que el Código civil hace de la insolvencia de los no comerciantes, hace una referencia a las normas de tipo sustantivo que regulan la insolvencia en los órdenes civil, penal y financiero, para terminar con una breve panorámica de lo que puede entenderse como insolvencia procesal, no realizando de momento más que un breve recorrido introductorio por el Código civil y penal, ya que tanto las normas procesales como mercantiles tienen un ulterior tratamiento más extenso.

Entrando ya en el primer capítulo se aborda el tema de la insol-

vencia y cesación de pagos, estudiando en primer lugar la problemática de adecuación a nuestro sistema jurídico positivo.

Surge, en efecto, el problema de la dificultad que entraña la verdadera significación que en nuestro sistema tiene «el sobreseimiento en los pagos». Se puede decir que, en general, la doctrina mercantil española está dividida en dos grandes grupos de autores: de una parte, aquellos que creen que el sobreseimiento debe y tiene que corresponder necesariamente a una insolvencia para que en su virtud pueda declararse la quiebra; de otra, la de aquellos otros que defienden la separación y la no identidad entre sobreseimiento e insolvencia, afirmando además que puede declararse una quiebra en nuestro sistema, sin que exista un verdadero estado de insolvencia. Es así como el autor expone las opiniones de ambos grupos por medio de sus autores más representativos, para terminar insertando su opinión, teniendo en cuenta sobre todo las últimas direcciones jurisprudenciales que por ser posteriores en el tiempo a algunas de aquellas opiniones han venido a derogar y producir un cambio a lo que en otro tiempo, reconoce, estuvo bien planteado y fundamentado en la misma jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

Otro punto concreto del que trata en este capítulo es el relativo a la naturaleza de la insolvencia y del sobreseimiento en los pagos.

Se puede hablar de la insolvencia y del sobreseimiento en los pagos como estados en los que se encuentra un comerciante que no tiene medios patrimoniales para pagar sus deudas, como hechos que acaecen y transforman lo que antes era un negocio próspero en una empresa quebrada. Pero, en definitiva, se pregunta: ¿qué viene a ser la insolvencia o la cesación en los pagos? ¿Un hecho, un estado, un acto? Y si constituyen alguna de esas categorías, ¿se pueden considerar como hecho, estado o actos jurídicos?

A su juicio, la insolvencia es el estado de hecho en que se encuentra el patrimonio del deudor que no tiene con que pagar las deudas que lo gravan.

Más problemática entraña el ver si la cesación de pagos, vehículo que en nuestro sistema manifiesta la insolvencia, es un acto, un hecho o un estado jurídico. El autor cree que el sobreseimiento o cesación en los pagos es un indicio de la insolvencia y no la insolvencia misma, y que es un estado revelador y no revelado de esa situación de impotencia patrimonial, aunque no el único; aparte de que para que exista el sobreseimiento es necesario que se hayan dado uno o varios hechos que induzcan a pensar que existe tal estado y que éste tiene por causa una insolvencia. En definitiva, el sobreseimiento en los pagos tiene, a su juicio, el valor de medio indicativo para declarar una quiebra, y nunca el valor de causa u origen absoluto de la misma.

Ahora bien, a pesar de que el sobreseimiento en los pagos constituye el presupuesto objetivo de la quiebra en nuestro sistema, no existe ninguna norma en el mismo que lo defina y fije su contenido de una forma clara y precisa.

Aunque las tres características que según la jurisprudencia deben concurrir en el sobreseimiento, que ha de ser definitivo, general y completo, han sido aceptadas por la gran mayoría de la doctrina, GONZÁLEZ MONTES considera necesario hacer, como hace, unas breves reflexiones acerca de lo que cada una de esas características venga a significar.

El segundo capítulo de la obra concierne a las calificaciones de la quiebra. Dentro de él se habla de la declaración y calificación de la quiebra, examinando su distinción, relación y eficacia de ambas. En definitiva, el análisis se centra en el estudio de cómo juegan ambas instituciones a la hora de exigir responsabilidades criminales del quebrado.

De una parte, y en el presente capítulo, se estudia el juego de la

declaración y calificación de la quiebra como condiciones, ya de procedibilidad, ya de punibilidad o, en fin, de otro carácter, necesarias para poder perseguir y penar los delitos de quiebra culpable y fraudulenta en que el quebrado pueda incurrir.

De otra parte, se estudia la posibilidad de ver si estas instituciones que han emanado de un órgano jurisdiccional civil puedan vincular al tribunal penal, órgano de una jurisdicción distinta y hasta prevalente sobre la civil.

Vistas las consideraciones generales sobre la declaración de quiebra, da un paso más no sin olvidar la razón última de su estudio, que será el enfrentar tanto a la declaración como a la calificación de la quiebra con el proceso penal, haciendo también unas consideraciones generales sobre la significación de la calificación de la quiebra, tratando de tocar tan sólo algunos de los puntos más generales y fundamentales para ese ulterior estudio.

El autor se enfrenta también con el problema de cuál sea la naturaleza jurídica de la calificación de la quiebra que hace el juez civil, que es lo mismo que decir cuál es el juego que dicha calificación tiene luego en el posible proceso penal que pueda incoarse para exigir responsabilidades criminales al quebrado.

En este juego, dice GONZÁLEZ MONTES, dos efectos son claramente delimitables en la calificación civil: de una parte, dicha calificación es necesaria e indispensable para poder perseguir y penar al quebrado por los delitos de quiebra culpable y fraudulenta, y de aquí surge, por tanto, el problema de cómo se ha de considerar dicha condición de procedibilidad o de punibilidad; de otra, distinto es el problema referente a si dicha sentencia calificadora vincula o no al juez o tribunal penal, es decir, si éste tiene necesariamente que dar la misma calificación de los hechos que la ya propuesta por el juez civil, limitándose a imponer la pena correspondiente.

La primera cuestión es objeto de estudio en el presente capítulo; la segunda la trata el autor dentro del marco de la prejudicialidad y de la cosa juzgada en el siguiente. GONZÁLEZ MONTES cree que la declaración de quiebra, en sentido estricto, es decir, sin incluir la calificación, es un elemento constitutivo de los delitos de quiebra culpable y fraudulenta que juega como condición de punibilidades en cuanto que no puede imponerse una pena por aquellos delitos si previamente no ha existido una declaración de quiebra, ni sin que haya sido declarado como quebrado el sujeto activo de los mismos.

Como punto final de este segundo capítulo se aborda el tema de las calificaciones alternativas, cuya posibilidad de proposición en el proceso penal viene reconocida en el artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El tercer capítulo trata de la calificación de la quiebra, cosa juzgada y prejudicialidad.

Muy estudiada ha sido la institución de la cosa juzgada, tanto por la doctrina patria como por la de otros sistemas extranjeros. De ahí que el autor tan sólo esboce su concepto e implicaciones como punto de partida necesario para llegar a relacionarla con la quiebra y, más concretamente, con sus efectos procesales.

No obstante, y por no tener la cosa juzgada un tratamiento idéntico en los procesos civil y penal, cree necesario deslindar primero esos dos campos donde la cosa juzgada juega para compararla después y tratar de aclarar en lo posible sus analogías y diferencias.

En el proceso civil la cosa juzgada puede ser estudiada desde varios puntos de vista, sin que se rompa el concepto unitario que a ella le es aplicable.

En efecto, en la doctrina se han distinguido dos aspectos de la cosa

juzgada claramente delimitados: a) la cosa juzgada en sentido formal, que hace referencia a la imposibilidad de impugnar o volver a tocar una sentencia o resolución que tenga el grado de firme; b) la cosa juzgada material, que incluye la imposibilidad de volver a juzgar sobre el mismo asunto en otro proceso.

El tema de la cosa juzgada no está exento de problemas ni en el aspecto subjetivo ni en el objetivo, como con detalle se ve al exponer los límites subjetivos y objetivos.

Tras el examen de la cosa juzgada en el proceso civil se pasa al de la cosa juzgada en el proceso penal, reflejando las analogías y diferencias existentes entre cosa juzgada civil y cosa juzgada penal.

Teniendo en cuenta que tanto en el proceso civil como en el penal pueden producirse intromisiones recíprocas que lleguen en casos a romper los límites jurisdiccionales propios para causar la vinculación en una jurisdicción distinta, resolviendo asuntos que surgen de una manera incidental o prejudicial en ésta y que deben resolverse en aquélla, estudia también los límites de la cosa juzgada entre jurisdicciones distintas, y dentro de este epígrafe se habla: 1.º, de la prejudicialidad penal en el proceso civil (arts. 362, 514 y 1.804 de la L. E. C. y otros supuestos; 2.º, de la prejudicialidad penal en el proceso laboral; 3.º, valor de la sentencia penal que decide la responsabilidad civil que deriva de delito o falta; 4.º, tratamiento de la prejudicialidad en los procesos penal y laboral: cuestiones prejudiciales civiles y administrativas en el proceso penal, en el proceso laboral y cuestiones prejudiciales en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por último, hace referencia a la problemática de la vinculación del Tribunal Penal al juez civil y al valor del auto que declara la quiebra y de la sentencia que la califica.

Termina sentando las siguientes conclusiones:

1.ª La insolvencia puede tener varias acepciones, pero de hecho su significado es único: la falta de medios o recursos económicos con que hacer frente a las deudas que graven el patrimonio.

2.ª Para descubrir la posible existencia de una insolvencia no basta el criterio contable o de desbalance, ya que existen partidas, como el crédito, que no aparecen en el balance y que pueden salvar una situación que, considerada contablemente, era irreparable.

3.ª Entre los indicios denotadores de la insolvencia del comerciante, nuestra legislación acoge el sobreseimiento en los pagos como el más importante y característico.

4.ª Mientras la insolvencia es un estado de hecho, la quiebra es un *status iuris* que puede coincidir o no con una insolvencia definitiva.

5.ª Para que se pueda perseguir y penar por los delitos de quiebra fraudulenta y culpable es necesaria la previa declaración de quiebra y su calificación por el juez civil como culpable o fraudulenta.

6.ª Tanto la declaración como la calificación de la quiebra son hechos constitutivos de los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, pero si la primera juega como condición de punibilidad, la segunda, o sea, la calificación, comulga de dos naturalezas: como condición de procedibilidad necesaria para la apertura y persecución del quebrado en la causa penal, y como condición de punibilidad, aunque de manera eventual, ya que sin ello no podrá tampoco penarse al quebrado.

7.ª En el caso de los delitos de quiebra culpable y fraudulenta, el Tribunal Penal está vinculado a la declaración de la quiebra en cuanto es un hecho del que debe partir para enjuiciar las posibles conductas punibles. En cambio, con respecto a la calificación civil la vinculación del Tribunal Penal es problemática.

Como complemento de la obra se recogen al final el índice cronológico de jurisprudencia citada y el de bibliografía consultada.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHEZ REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS:
Derecho de sucesiones. Tomo II. Librería Bosch. Barcelona, 1973.

Tenemos delante el tomo II de la obra que sobre el Derecho de Sucesiones han editado estos dos ilustres tratadistas, catedráticos ambos de Derecho Civil. No vamos a exponer aquí semblanza alguna de estos dos autores, ya que por conocidos podría suponer cosa superflua; antes bien, parece oportuno hacer referencia para mejor reseña de este segundo tomo al que le precede, también publicado; por párrafos, y a modo de lecciones, inician estos autores al estudioso en la materia especial de la sucesión, a la que están dedicados ambos tomos.

Decíamos que habían dedicado un tomo I al estudio de la Sucesión, donde desarrollan sus conceptos generales, para pasar a las etapas en la adquisición de la herencia, la delación, la aceptación y repudiación de la herencia, sus efectos, la partición y colación; analizan el testamento y todo su mundo circundante, terminando con el estudio de las sustituciones, otras formas de testar y la ejecución de las disposiciones a causa de muerte. Toda esta materia es objeto de estudio del tomo I sobre el Derecho de Sucesión que publicaron en su día estos autores.

Dicho lo que antecede en el párrafo anterior podemos ya dar noticia de la publicación del segundo tomo, al que dedicamos nuestra recensión. Como es natural, su índice de materias enlaza debidamente con el tomo anterior, pues es el todo lo importante, y como consecuencia de ello, capítulos, párrafos, materias, lecciones, van todas siguiendo un orden desde el principio, es decir, desde el tomo I. En este segundo se recogen desde los capítulos XVI al XX, ambos inclusive, que comprenden los párrafos 67 al 92; el profesor LACRUZ BERDEJO se hace cargo del desarrollo del 67 al 86, y SANCHEZ REBULLIDA del 87 al 92. Cada párrafo está dividido en varias cuestiones o preguntas, asignándole los autores un número correlativo que viene desde el principio del tomo primero; así, en dicho tomo primero se da explicación a 395 cuestiones, en el que recensionamos el número de cuestiones explicadas asciende a 168. De tan singular modo, cada cuestión posee un número que la identifica, pudiendo decirse que los autores han programado debidamente la perfecta disección analítica del Derecho de Sucesiones, inventariando y numerando las más pequeñas particularidades del tema sucesorio. Sistema práctico sobre todo para el estudiante universitario, no tanto ya para el iniciado y profesional estudioso, pues la numeración correlativa no aporta, en definitiva, ayuda importante para localizar un problema. De esta forma podría decirse que el beneficio de este inventario no es tan provechoso como el del derecho sucesorio.

Este tomo II dedica el capítulo XVI, con el que según decíamos da comienzo, a la legítima. El examen que de ésta hace el profesor LACRUZ es exhaustivo; analiza su historia y su naturaleza jurídica, donde estudia los artículos 806 y 815 del Código civil; se pregunta LACRUZ si a la legítima la podríamos considerar como una tercera clase de vocación *mortis causa*, y con parte de la doctrina no sólo acepta que la legítima no supone un tercer tipo de vocación como regla general, sino que una espe-

cífica vocación forzosa no existe nunca, alegando cómo los textos legales que enumeran los fundamentos de vocación se atienen a la clasificación de la sucesión en testada e intestada, callando sobre cualquier otro *tertium genus*. Estudia LACRUZ las diferentes clases de legítima, su cálculo e imputación, la preterición, la desheredación, para terminar esta parte con la legítima en Cataluña y en los restantes Derechos Forales.

El mismo autor, LACRUZ BERDEJO, analiza en el capítulo XVII la sucesión intestada, con el orden de suceder abintestato en el Código civil y la sucesión intestada en los Derechos Forales. En este punto se plantea el problema de la vigencia de los Derechos Forales a partir de la Ley de Mostrencos de 1835 y la publicación del Código civil. Considera indefendible la posición del Tribunal Supremo, entendiendo que el Código civil sustituía la totalidad de las normas forales en materia de sucesiones intestadas. Hoy día con la publicación de las Compilaciones Forales este problema prácticamente ha concluido.

Quizá el capítulo donde LACRUZ destape su tarrito de esencias magistrales sea en el XVIII, dedicado a las Reservas, a través de cinco párrafos. Analiza la reserva viudal, la troncal, el régimen común de la reserva pendiente, la estructura de la delación reservataria y las reservas forales. De forma clara, breve y concluyente analiza el artículo 811, aludiendo en este punto al ejemplo práctico, y acompaña para mejor entendimiento una serie de interesantes sentencias del Tribunal Supremo. Por todo ello, a través de tanto y bien expuesto ejemplo, la maraña clásica del 811 se hace transparente. Sigue LACRUZ a VALLET DE GOYTISOLO, al que considera de ponderada actitud en esta temática, y sabido es que VALLET ha desarrollado esta materia de forma magistral. Tocante al problema de la naturaleza de las reservas estudia las aproximaciones con detenimiento: asimilación al usufructo, comparación con la sustitución fideicomisaria condicional, reserva y legítima, etc. Piensa LACRUZ en la existencia de una sucesión reservataria, de una sucesión especial que se traduce al nacer la reserva en la constitución de una masa patrimonial específica, aunque transformable, afecta al cumplimiento del vínculo.

Terminado el estudio de las reservas, el profesor SANCHEO REBULLIDA continúa la labor en esta parcela del Derecho en el capítulo XIX sobre las sucesiones especiales. Dentro de esta especialidad recoge el autor la sucesión de bienes vinculados, los mayorazgos, los títulos nobiliarios, los patronatos y las capellanías. Nos explica cómo no es extraña la enemiga de los «ilustrados» hacia las vinculaciones. Tuvieron éstas hondo influjo en la organización económica y social de España. La escasez de capitales fue rémora casi invencible para el desarrollo industrial de nuestro país; la prohibición de disponer reducía estímulos para la mejora de los cultivos del campo; causa, además, de inamovilidad entre las clases sociales que acentuó la desigualdad fomentando el clima de resignada inercia y falta de iniciativa económica.

El movimiento liberal se dirigió contra los patronatos de legos pasivos, donde la vinculación afectaba directamente a los bienes, originando su indisponibilidad en beneficio siempre de determinadas personas. El triunfo de este movimiento determinó, como se sabe, la desvinculación y la desamortización. Esta materia de sucesión en mayorazgos y vinculaciones la analiza SANCHEO REBULLIDA de manera amena; a modo de película de acción introduce en el lector las diferentes vinculaciones y su *modus succedendi*.

Punto importante y detenidamente estudiado es el relativo a la sucesión en los títulos nobiliarios. Dentro de esta parcela SANCHEO REBULLIDA analiza la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1957; sigue a JIMÉNEZ ASEÑO, desarrollando una serie de cuestiones que puntualiza: el término línea, el derecho de representación,

los llamamientos colaterales, etc. Esta materia, tan de actualidad en nuestros días, es tratada de forma detenida.

Termina SANCHEZ REBULLIDA este tomo II sobre el Derecho de Sucesiones con un último y vigésimo capítulo dedicado al Derecho internacional e interregional, regulador del estatuto sucesorio con todas las cuestiones peculiares en esta rama del Derecho. Finalmente, este tomo II nos ofrece a manera del *excreix* catalán, es decir, de más a más, la Compilación de Derecho Civil de Navarra.

Resumiendo: buena obra, lógico buen fruto de tan buenos autores, formalmente bien analizada y distribuida en todas las materias, si bien la señalización de epígrafes con el signo ortográfico del párrafo no parece la más adecuada, habida cuenta de la definición que de dicho signo nos da la Real Academia como «cada una de las divisiones de un escrito señaladas por letra mayúscula al principio del renglón y finalizado con un punto y aparte al final del trozo de escritura». Por tanto, a estas divisiones de materia se les ha debido señalar por los autores como apartados, epígrafes, secciones, temas, etc., pero nunca a nuestro entender como párrafos.

Naturalmente, ello no obsta a la labor encomiable y eficaz de ambos profesores, dando al universitario, sobre todo, un valioso estudio sobre el Derecho de Sucesiones.

JAVIER GARCÍA-VALDECASAS DE LA CRUZ
Registrador de la Propiedad
Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura

SANZ JARQUE, JUAN JOSÉ: *Derecho agrario*. Colección Compendios de la Fundación Juan March. Un tomo de 717 págs. Madrid, 1975.

Entre las distintas ramas que han nacido del tronco común del clásico IUS CIVILE y con características propias por su tinte técnico y publicista, destaca el Derecho Agrario, que está siendo objeto de atención creciente en los últimos tiempos. Pueden oscilar las posiciones desde el tajante «pronunciamento» que postula una independencia total, hasta la que considera que las normas agrarias son simplemente desenvolvimiento de las civiles sin otra particularidad que su objeto rural, con abundante gama de opiniones intermedias; pero lo cierto es que hay unos sujetos, una materia y unos objetivos indudablemente dirigidos al campo de modo exclusivo y que reclaman un tratamiento específico.

Incluso situándonos en la postura civilista más absorbente e integradora, es preciso reconocer que junto a lo urbano está lo rural, con sus distintas regulaciones diferenciadoras que no responden a meros caprichos o distinguos doctrinales, sino que vienen exigidas por una realidad social innegable. Por citar un ejemplo, el tema de las reformas agrarias, ya sean integrales, ya limitadas a la estructuración de la tierra o unidas y combinadas con el desarrollo tecnológico, económico y social, es algo que naturalmente preocupa a los gobernantes y estudiosos de todo el mundo.

En nuestra Patria se viene sintiendo últimamente esta creciente atención por los temas agraristas, tanto en su aspecto doctrinal como en el de las aplicaciones prácticas. Son numerosos los trabajos y estudios que se vienen realizando, y es de destacar en este sentido el núcleo integrado en la Asociación Española de Derecho Agrario, así como las últimas Jor-

nadas Nacionales, para el estudio de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y la realidad jurídica española, celebradas a finales del año pasado en el IRYDA, en las que, junto a las conferencias doctorales de algunos de nuestros mejores especialistas, se expusieron por los Letrados del Organismo más de setenta memorias en las que se recoge la realidad viva, el Derecho que conocen y practican nuestros agricultores y que esperamos se publiquen en breve ayudando a conocer de modo real la temática jurídica de las distintas regiones españolas.

Es curioso que este movimiento de inquietud estudiosa, y a la vez la necesidad, que cada vez más se nota en la práctica, por conocer la importante normativa rural no tenga otro reflejo en la Universidad que un curso optativo en el Doctorado de la Facultad de Derecho y una Cátedra de Derecho Agrario en la Politécnica, en la Escuela Superior de Ingenieros Agrónomos. Precisamente el titular en Madrid de esta última, JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, acaba de publicar el libro que vamos a comentar, el cual, bajo el excesivamente modesto rótulo de «compendio», constituye un completísimo tratado de la materia agraria.

Sabido es que en esta clase de obras se pueden seguir dos caminos: bien la especulación puramente doctrinal y científica, de tonos a veces tan elevados y filosóficos que dan la impresión de que su autor vive en las nubes del Olimpo, o bien la del que pone los pies en el suelo y, pensando que el Derecho es para la vida, expone lisa y llanamente lo que es, lo que rige y lo que es preciso hacer en cada caso determinado, según la normativa jurídica vigente, pero a veces con olvido de lo teórico por creerlo superfluo.

SANZ JARQUE no ha caído en ninguno de los dos extremos, aunque la impresión inicial nos induzca a pensar en un libro de tinte predominantemente «práctico» a la vista de su índice (que es completísimo, recogiendo toda la variada y múltiple legislación de la materia). Al penetrar en la lectura y estudio del libro encontramos en sus capítulos, combinados de modo armónico, lo científico y lo legislado, ofreciéndose al estudioso y al profesional una exposición clarísima y completa de las distintas materias que se contemplan relacionadas con el campo. El autor es catedrático y el núcleo inicial de la obra arranca de su tesis doctoral, objeto en su día de las máximas calificaciones en la Universidad y en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que le otorgó el premio «Castán Tobeñas»; pero a la vez es hombre que ha vivido la realidad campesina, de donde procede y para la cual trabaja, y esta doble faceta se refleja en su libro, que viene a ser, sin dudarlo, un jalón importante en los estudios jurídico-agrarios de nuestros días.

En los puestos directivos del agro español, junto a los funcionarios técnicos, deben estar los juristas, y por esta razón no podemos menos de insistir en la conveniencia, más bien necesidad, de que a los profesionales del Derecho se les exija y proporcione también una más cuidada formación agrarista. No es que creamos que sólo hay campo y ciudad, pero sí resaltar que cada vez más debe fijarse la atención en las nuevas tendencias para tratar las clásicas figuras del Derecho Civil; del mismo modo que el mundo laboral o el mercantil exigen algo más que un simple encuadramiento en el contrato de trabajo o el acto de comercio, la inmensa problemática del campo necesita algo más que el estrecho vestido de la propiedad quiritaria que contempla el artículo 348 del Código civil, precisando un desenvolvimiento mucho más amplio.

Para los que contemplan día a día la transformación rural, para los que consideran como propios los deseos de regulación justa del tráfico jurídico y viven las angustias del hombre del campo para sentirse seguro en su fuente de vida, esta obra es a la vez una magnífica herramienta de trabajo y un acicate para seguir en la tarea comprendida.

El libro va precedido de una introducción referente al Derecho Agrario en sus conceptos fundamentales y consta de dos grandes partes, en las que se contemplan la relación jurídico-agraria y sus elementos y los distintos aspectos especiales de la problemática rural.

Introducción.—El autor considera que el Derecho Agrario está aún en elaboración, cuyas características se van matizando con notas específicas y peculiares, tanto en el seno del Derecho científico como en el positivo de cada país. Traza un esquema histórico, desde las necesidades primitivas y las legislaciones clásicas, en las cuales se regulaba de modo indiferenciado la propiedad de la tierra, la agricultura y el campo en general, hasta la codificación que consolidó la concepción burguesa y urbana de la vida, identificando el régimen de propiedad de la tierra con el de las demás cosas, con lo que la regulación del campo perdió su aspecto más interesante al olvidar la función de la tierra. Además el individualismo de la regulación codificadora dio lugar a dos graves cuestiones en el siglo pasado: la acumulación de grandes áreas improductivas, por un lado, y, por otro, la aniquilación y trituración sin límites de la tierra puesta en cultivo. Esto produce una reacción natural para conservar y mejorar el medio en que vivimos, equilibrar el nivel agrario con el de los otros sectores, asegurar la despensa de la humanidad, garantizar la paz social y promover el desarrollo partiendo de la propiedad de la tierra. Desde finales del siglo pasado a nuestros días van surgiendo normas dirigidas a corregir aquellos defectos y satisfacer estas necesidades, poniendo en función la propiedad de la tierra y la empresa agraria, con su consiguiente reforma y desarrollo, con lo que se va entrando progresivamente en la ciencia y normativa del moderno Derecho Agrario.

¿Y qué es el Derecho Agrario? En el libro que comentamos se trata primero, como elemento caracterizador, de fijar lo que es «materia agraria», como todo aquello que se refiere al campo, a la tierra de cultivo, pecuaria o forestal, y que además es objeto de actividad dirigida a la producción de alimentos o materias vivas al servicio del hombre. Antes de lanzar su propia concepción, el autor examina una extensa gama de doctrinas nacionales y extranjeras, en las que predomina un tinte social indudable, siendo para unos el derecho del agricultor, para otros el relativo a las relaciones agrarias, el de la empresa agraria, el de la redistribución de la tierra, el de la reforma agraria, el de la política rural de cada momento y múltiples otros aspectos, sin faltar las definiciones sincréticas, las descriptivas y las amplísimas. SANZ JARQUE, tras la exposición de las distintas teorías, concluye presentando, junto a una definición extensa y descriptiva, otra sintética («especial estatuto jurídico de la propiedad de la tierra») y una última intermedia como conjunto de normas que en el ámbito de la ordenación del territorio regulan la propiedad de la tierra, la empresa agraria y la reforma y desarrollo de las estructuras del campo.

Al estudiar la naturaleza del Derecho Agrario se plantea la cuestión del carácter público o privado del mismo, que ha producido abundantísima literatura, como continuación de la dedicada a la célebre dicotomía ya superada; recogiendo iguales opiniones de BALLARIN y DE LOS MOZOS, se concluye que es difícil catalogarlo, pues si bien su tronco es fundamentalmente privado, no cabe desconocer en el conjunto la gran cantidad de normas de matiz público que cada vez más entra en su ámbito. Algo parecido puede decirse del tema de la autonomía y especialidad del Derecho Agrario, pues el Derecho es uno y la autonomía en sentido total carece de sentido; existe la diferencia de la diversidad de materias que se regula en cada una de las ramas, pero sin más valor que el de un mejor tratamiento científico y una más fácil inteligencia de los aspectos peculiares y hasta excepcionales que comprende. Tras articular en un

capítulo su concepción sobre los principios que deben informar el Derecho Agrario, recogiendo los que a su juicio plasman en nuestro Derecho positivo, pasa a estudiar las fuentes, primero en el aspecto científico de su jerarquía e interpretación y después en el puramente legislativo, presentando una enumeración completa de las normas positivas que configuran la legislación actual del Derecho Agrario, clasificadas en las referentes al sujeto, objeto y contenido de la relación agraria, así como a la de las partes especiales, lo que es de gran utilidad a efectos de conocer la normativa vigente en cada caso.

Concluye la introducción con un estudio sobre la reforma agraria, tema central sin duda de esta rama jurídica, hasta el punto de que no son pocos los que los identifican. La formulación inicial y clásica es bien conocida: la tierra para quien la trabaja; con ello se cree obtener una mayor igualdad económico-social y una mejor productividad. Sin embargo, pronto se echó de ver que no basta con la tierra, sino que hacen falta los complementos de la capitalización, asistencia técnica y debida comercialización de los productos; éstos son los objetivos que bajo el rótulo de Reforma Agraria Integral se propugnaron en la reunión de Punta del Este de 1961 y en la Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria de 1966. SANZ JARQUE entiende que a estos logros debe añadirse un estatuto jurídico que ordene la propiedad al cumplimiento de su función y fin especial. Hace el autor un repaso histórico en nuestra Patria desde los repartos de tierra concejiles y la colonización de Sierra Morena por Carlos III, pasando por la Ley de Colonización de 1907, los Reales Decretos-Leyes de la Dictadura que regularon el acceso a la propiedad de los campesinos, la legislación de la abortada reforma republicana y, por último, las leyes vigentes que han plasmado en la creación del IRYDA y la publicación de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Parte general.—Aquí se estudia, con arreglo a metodología ya clásica, la relación jurídico-agraria y sus elementos subjetivos y objetivos, así como el contenido de la misma y la figura de la empresa.

a) *La relación jurídica agraria.*—Desarrolla aquí el autor su concepción funcional sobre la propiedad de la tierra que ya había esbozado antes, especialmente en su obra *Más allá de la Reforma Agraria*. Parte del concepto de la propiedad como el poder más amplio, autónomo y soberano sobre las superficies cultivables, pero supeditado a la función de la producción, la estabilidad y el desarrollo, poniéndose, por tanto, al servicio armónico no sólo de sus titulares, sino también de la comunidad. Frente a la postura estática, negativa y excluyente considerada clásica entiende el dominio como poder dinámico, positivo y participante, que, junto a las facultades, atribuye a sus titulares una serie de deberes y limitaciones. Expone los fundamentos filosófico, sociológico, legal e histórico de la concepción funcional de la propiedad, así como efectos y limitaciones que su aceptación entraña, concluyendo por enumerar las deficiencias que, desde este prisma, se observan en la actual estructura de la propiedad en España.

Punto importante es la contemplación de los distintos sistemas que, junto al dominio, pueden darse para la llevanza de la tierra, pues de como estén organizados depende en gran parte que se cumpla la función social y económica del campo. Se repasan los sistemas históricos de tenencia, para desembocar en el estado actual que presenta, por un lado, al agricultor-propietario, y, por otro, toda la gama posible de la llevanza indirecta: posesión, precario, arrendamiento y aparcería, usufructo, censo, etc. En realidad, las formas indirectas son temporales y más bien constituyen situaciones itinerantes que concluyen en el acceso a la propiedad, forma plena e indiscutible de tenencia segura de la tierra en cultivo.

b) *El sujeto*.—En concordancia con los modos antes apuntados de llevanza de la tierra se estudian detalladamente las figuras del propietario y los diversos cultivadores individuales, con toda la legislación común y especial aplicable, así como los sujetos de la agricultura asociativa. El ente colectivo agrario, creación de nuestro tiempo, se ha desarrollado tomando como base las teorías sobre la persona jurídica, principalmente a impulso del movimiento cooperativo. Este ha desbordado a las clásicas sociedades civiles o mercantiles y a los meros contratos societarios para el cultivo creando nuevos entes, entre los que destacan las cooperativas propiamente dichas y los grupos sindicales de colonización.

En el capítulo dedicado a las cooperativas agrarias se reúne toda la doctrina, historia y legislación nacional y comparada sobre la materia, resumiendo el contenido del libro *Cooperación: teoría y práctica de las sociedades cooperativas*, editado por la Universidad Politécnica de Valencia en 1974, que recogía unos cursos dirigidos por el propio autor.

Junto a los grupos sindicales de colonización, figura de muy reciente aparición y de gran empleo en la práctica, pues simplifica las exigencias constitutivas y funcionales de las cooperativas, se exponen las características de las llamadas «Agrupaciones cerealistas» y las de Productores Agrarios, que nacieron respondiendo a necesidades concretas, como el empleo de maquinaria en común y tipificar la oferta de productos agrarios, y cuyo estudio es de gran utilidad para el profesional a la hora de resolver dudas sobre su personalidad jurídica y los beneficios fiscales que se les conceden.

c) *El objeto*.—La tierra de cultivo es el objeto sobre el cual recae la actuación del titular de la relación agraria, cualquiera que sea el sistema de tenencia. La porción individualizada de esa tierra, en su aspecto físico, es la parcela; este concepto se convierte en finca al trasplantarlo al ámbito jurídico. Si además contemplamos su provecho y utilidad, considerando su aspecto económico, tenemos el concepto de explotación o hacienda agrícola. El autor estudia, con visión agrarista exclusivamente, estos conceptos y su contenido, incluyendo entre los elementos prediales las servidumbres rústicas y el agua como parte integrante, dedicando también un capítulo a las mejoras incorporadas a una finca rústica y su régimen legal.

d) *Contenido*.—Ya hemos visto que la tesis central del autor es la de la funcionalidad de la propiedad, y, girando alrededor de esta idea, entiende que la tierra, bien explotada por el propietario o indirectamente por quien la lleve, debe estar al servicio armónico de ellos y de la comunidad en general, en función de la producción, la estabilidad y el desarrollo; para conseguir estas finalidades se impone una progresiva intervención estatal en el ejercicio privado de las actividades agrarias. Esta supervisión se nota en los auxilios económicos y técnicos claramente dirigidos a propósitos concretos y en la regulación del cultivo, que va no es potestativo, sino obligatorio. Así lo determina el artículo segundo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, imponiendo que debe realizarse, aun respetando la rentabilidad del particular, con los criterios técnicos adecuados y prestando atención preferente al interés nacional. En cuanto a la estabilidad, se estudia el acceso a la propiedad en las diversas manifestaciones de este derecho en nuestra legislación, la regulación de las unidades agrarias mínimas o suficientes, la ordenación y regulación de precios agrarios y el seguro.

e) *Organización*.—No se ha incluido en la parte correspondiente al sujeto de la relación el estudio de la empresa agraria, sino en este apartado, pues lo otro equivaldría a tomar partido anticipado en la cuestión de su naturaleza jurídica. Sabido es que el concepto de empresa está

lejos de ser preciso y para unos es sujeto, para otros objeto o más bien organización y hasta conjunto de elementos de tratamiento no unitario. Lo cierto es que, tanto en el terreno mercantil como en el agrario, la importancia que se concede a la idea de empresa va *in crescendo*, hasta el punto de que no son pocos los que consideran que esta rama jurídica no es, ni más ni menos, que el derecho de la empresa agraria; en consecuencia, en el libro se estudia ampliamente esta figura en sus diversos aspectos, sin olvidar el fiscal.

Parte especial.—La actuación del IRYDA y las diversas cuestiones peculiares de la agricultura en sus aspectos concretos completan esta segunda parte de la obra, que tiene, por imperativo de su contenido, un tinte más positivo y empírico.

a) *Reforma y Desarrollo Agrario.*—Casi cien páginas en apretada síntesis dedica SANZ JARQUE al estudio de la Ley Reguladora de 12 de enero de 1973, en la que se ordena y sistematizan las disposiciones de rango legal que regían las actuaciones de los extinguidos Instituto Nacional de Colonización y Servicio Nacional de Concentración Parcelaria, hoy fundidos y sustituidos por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. La misión de éste es la transformación de grandes zonas, la concentración parcelaria, ordenación de las explotaciones y tratamiento de comarcas mejorables. Siguiendo la Ley va detallando las normas de adquisición de tierras que el Instituto ha de destinar necesariamente a su distribución, primero a título provisional y después en propiedad, para constituir explotaciones familiares o comunitarias. Estas medidas se realizan en grandes zonas que se declaran de interés nacional, para transformarlas en regadío, ordenando zonas de secano o para la desecación y puesta en cultivo de las marismas.

La concentración parcelaria supone el cambio de múltiples parcelas de procedencia, de difícil y antieconómico laboreo, por una o pocas fincas de reemplazo, equivalentes en clase de tierra y cultivo; empezó la labor en 1954, y en este plazo se ha extendido prácticamente por casi todas las provincias con resultados que están a la vista. Se estudia su naturaleza, fases del procedimiento y efectos con el régimen especial de las fincas concentradas.

En la ordenación de explotaciones hay una serie de medidas técnicas y económicas, éstas reflejadas en créditos y subvenciones, para conseguir explotaciones viables, señalándose los requisitos para obtener tales beneficios. Termina este apartado del libro con la contemplación de las medidas legales referentes a fincas mejorables, permutas forzosas y explotaciones ejemplares y calificadas.

b) *Ordenación del territorio y aprovechamiento de recursos.*—También es objeto del Derecho Agrario la delimitación de actividades y el debido aprovechamiento del suelo para procurar la conservación de la naturaleza y del habitat del hombre, temas de cada vez mayor preocupación y actualidad. Con la ordenación del suelo se estudian la propiedad de los montes y la intervención administrativa en la riqueza forestal, así como en la caza y pesca fluvial y la ganadería, para contemplar después el régimen de las aguas, públicas y privadas, de importancia básica para el cultivo.

El crédito agrario, fuente vital de capitalización para este sector deprimido, se trata con amplitud estudiando las distintas instituciones que lo proporcionan a nivel social y supervisado, así como el régimen del crédito agrícola en España.

c) *El trabajo agrícola.*—Las peculiaridades de la relación laboral en la agricultura, contenidas en la Ordenanza general de trabajo en el cam-

po, merecen atención especial, recogién dose la doctrina y normativa del contrato de trabajo; la Seguridad Social Agraria, que tiene un régimen especial como es sabido; la vivienda y la Organización Sindical Agraria, basada en las Hermandades de Labradores y Ganaderos, de gran arraigo y efectividad en el ámbito local.

d) *Organización administrativa y procesal*.—Se realiza un diagrama completo de las administraciones central, periférica e institucional de la agricultura, señalando los órganos y competencia; por otra parte, se estudian las relaciones y organismos internacionales sobre la agricultura y alimentación en el ámbito de las Naciones Unidas (F. A. O.) y de la Comunidad Económica Europea.

Junto al procedimiento administrativo agrario, con sus recursos, se estudia el Derecho procesal agrario propiamente dicho, señalando sus características y especialidades.

* * *

Si se ha tenido la paciencia de seguirnos hasta el final, se habrá llegado a la conclusión de que el libro comentado contiene un estudio exhaustivo de la materia jurídica agraria, de total utilidad para el profesional que actúe en zonas rurales y para el estudioso que sienta la más pequeña curiosidad por este mundo insospechado del campo. Bien merecen nuestros agricultores, como amigos y clientes, que sepamos orientarles acertadamente en sus problemas. Con el *Derecho Agrario* de SANZ JARQUE tenemos un magnífico elemento de estudio, indispensable para eliminar toda duda.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

VALDÉS DAL-RE, FERNANDO: *Las cooperativas de producción*. (Un estudio sobre el trabajo asociado.) Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1975.

Consta la obra de 325 páginas, precedidas de un prólogo que firma el catedrático de Derecho de Trabajo profesor BAYÓN CHACÓN.

El libro, como dice BAYÓN CHACÓN, no pretende resolver los problemas que en la vida cotidiana se presentan respecto de las cooperativas de producción ni marcar soluciones de *lege ferenda*, sino ensayar una teoría general de las cooperativas de producción en base de acotar una institución socio-económica determinada, aplicarla un método jurídico, investigar conforme a él su estructura y su fisiología y encuadrarla en el orden jurídico general del derecho.

El primer capítulo hace referencia a la evolución histórico-legislativa de las cooperativas de producción.

En dicho capítulo, tras reflejar los factores determinantes de la aparición del fenómeno cooperativo con los precedentes históricos, primeras manifestaciones e inicio de la legislación cooperativa, se refiere a la evolución del fenómeno cooperativo en España. O sea, una vez descrita la aparición del movimiento cooperativo, comprobando la identidad genética de este fenómeno con el movimiento asociativo obrero y configurando la cooperativa como organización dirigida a proteger los intereses económico-sociales de la clase trabajadora; visto cómo las diversas legisla-

ciones europeas respondieron, frente a ese movimiento, con una normativa encaminada a adecuar, en mayor o menor medida, los principios inspiradores del fenómeno con su carácter instrumental, y apreciado como en el análisis del proceso legislativo en Europa se da una relativa identidad, se destaca como frente a la citada homogeneidad, España ofrece un proceso evolutivo con características especiales tan acusadas que permiten calificar de muy particular el desarrollo y la posterior consolidación del movimiento cooperativo y de su legislación, ya que no se dota a la sociedad cooperativa con unos esquemas propios hasta el final del primer tercio del siglo presente.

Dos son los presupuestos básicos sobre los que opera el fenómeno cooperativo: por una parte, un proceso de industrialización lo suficientemente desarrollado como para conseguir la proletarianización de las clases trabajadoras; por otro, una toma de conciencia colectiva de esa clase de la necesidad de asociarse como medio para buscar fórmulas sustitutivas o reformadoras.

En España, hasta bien entrado el siglo XIX, no se producen los presupuestos generales del movimiento cooperativo.

El movimiento cooperativo español nace involucrado en el proceso de conquista de la libertad de asociación al estilo del movimiento cooperativo francés.

En definitiva, en el proceso de constitución de las primeras cooperativas se dan los mismos factores y coincidencias que en el proceso de constitución de las Asociaciones profesionales; de ahí que su estudio debe hacerse obligadamente desde la perspectiva de la lucha por la libertad de asociación.

En este sentido, el primer paso hacia la asociación llega en 1839, cuando se autoriza la constitución de sociedades obreras con fines mutualistas y benéficos.

Con el reconocimiento de la libertad de asociación es en realidad cuando termina el primer ciclo de evolución del fenómeno cooperativo, dominado por la inseguridad jurídica, la postura represiva del poder público y la falta de base popular de las primeras experiencias.

En la evolución del proceso legislativo español sobre la materia cabe distinguir dos fases perfectamente definidas y delimitadas, que se pueden sistematizar de la siguiente forma:

a) Una primera fase en la que las normas básicas reguladoras de la sociedad se encuentran en las normas del derecho común societario o asociativo.

b) Una segunda fase en la que se pasará del carácter facultativo al carácter obligatorio, mediante una regulación unitaria y un desgaje de sus normas de las disposiciones del derecho común.

Con la prolongación del Decreto de 20-XI-1868 sobre libertad de asociación se cierra el paréntesis de la clandestinidad jurídica de la sociedad cooperativa de producción, poniéndose fin al problema de su licitud o ilicitud e iniciándose propiamente el proceso legislativo en materia cooperativa.

Se inicia así una primera etapa, que pudiera llamarse de derecho facultativo (1869-1931), en la que se distinguen varias fases según la posición legislativa adoptada al respecto. Tales fases son:

a) Reconocimiento de la libertad de constitución de cooperativas.

b) La Ley de Asociaciones de 1887, como primera tentativa legal para regular unitariamente el fenómeno cooperativo.

c) El particularismo normativo, como medio para regular las sociedades cooperativas.

d) El anteproyecto de 1927, como antecedente próximo de la legislación unitaria en materia cooperativa.

La segunda etapa, llamada de derecho necesario, se caracteriza por pasar del carácter facultativo al carácter obligatorio mediante una regulación unitaria, como antes se decía, y un desgaje de sus normas de las disposiciones del derecho común.

A esta etapa de derecho necesario corresponden las Leyes de 1931, la de 1938, la del 42, el Reglamento de Cooperación de 17 de agosto de 1971, con el que se abre precisamente una nueva vía legislativa, dominada por el deseo de acentuar y potenciar el alcance económico-social de la institución y estructurar con arreglo a criterios más tecnicistas los aspectos societarios de la cooperativa, y, por último, la Ley General de Cooperativas de 19-XII-74, cuyas novedades más importantes son:

1) Desaparición de los numerosos y rigurosos controles de naturaleza sindical, con el expreso reconocimiento de la autonomía de la sociedad cooperativa como entidad de derecho privado.

2) Fortalecimiento del significado económico del fenómeno cooperativo.

3) Regulación de los aspectos estructurales de la sociedad cooperativa, y

4) Configuración de la sociedad cooperativa de producción como medio para llevar a cabo reformas empresariales, desarrollando la participación de los trabajadores asalariados en la gestión y en los beneficios de la sociedad, y regulando el régimen laboral de los trabajadores socios.

El capítulo II concierne al concepto económico de la empresa cooperativa de producción.

En este capítulo el autor se propone analizar, en primer término, la virtualidad teórica de las formulaciones doctrinales dirigidas a configurar al cooperativismo como sistema económico autónomo, para concluir examinando la especialidad económica de la empresa cooperativa de producción.

Vista la inoperancia de una serie de teorías formuladas para fundamentar la esencia económica de la empresa cooperativa de producción y, por consiguiente, sostener que actúa en el marco de una organización económica descentralizada con arreglo a criterios y principios informadores propios, la conclusión a la que hay que llegar es a la inexistencia, desde esta perspectiva, de cualquier especialidad que intrínsecamente permita afirmar su autonomía económica. En definitiva, la empresa cooperativa de producción no presenta, en términos económicos, rasgos ontológicos capaces de estructurarla como tipo diferenciado de empresa.

Enmarcada y delimitada la esencia de la empresa cooperativa de producción desde la perspectiva económica, VALDÉS-RE cree llegado el momento de obtener, como conclusión final, un concepto que recoja y sintetice los rasgos hasta ahora señalados.

En este sentido entiende por empresa cooperativa de producción «aquella unidad de producción en la que se asocian sujetos económicos portadores de factor trabajo, a fin de satisfacer sus necesidades mediante la creación de una organización que les permita participar, de forma directa, en un sistema de economía descentralizada, en la producción de bienes y en la prestación de servicios».

El tercer capítulo trata de la estructura jurídica de la empresa cooperativa de producción. Haciendo abstracción de la tradicional desconexión en nuestro país entre empresa cooperativa como realidad normativa heterogénea y empresa cooperativa como realidad científica objeto de investigación, lo cierto es que la empresa cooperativa de producción constituye una realidad jurídicamente relevante para el derecho, y como tal digna de ser tratada por el intérprete.

Tras unas consideraciones generales sobre los elementos de la empresa cooperativa, y entrando en el estudio de los elementos subjetivos, nos ofrece dos componentes, dos elementos que en ella quedan organizados:

a) El personal de la empresa, conjunto de trabajadores que prestan servicios en su seno y que quedan integrados en el círculo de las relaciones jurídicas que en ella se constituyen.

Precisamente a la investigación de la especialidad que en la empresa cooperativa presentan estos sujetos es a lo que van destinadas ciertas consideraciones.

Como una subsección de esta sección destinada a los elementos subjetivos de la empresa cooperativa de producción, nos encontramos con el empresario cooperativo, estudiándose tanto los aspectos formales como los aspectos materiales del mismo.

Al hablar de los aspectos formales se hace referencia a la sociedad cooperativa como forma jurídica típica y a la configuración jurídica de la sociedad cooperativa de producción.

Examinada la cuestión relativa a la delimitación conceptual de la sociedad cooperativa de producción y a su calificación como tipo organizado cooperativo, corresponde estudiar un tema, también importante, que concierne al análisis del negocio jurídico que se encuentra en la base de este instituto; tema que, en definitiva, se reconduce al estudio de la naturaleza jurídica de la cooperativa de producción.

Posteriormente se pasa al examen de los aspectos materiales del empresario cooperativo, tema en el que, tras una delimitación previa, se estudian las cuestiones consideradas como de mayor interés:

a) Configuración del tipo de interés que concurre en los sujetos que conforman la base personal de la empresa cooperativa.

b) Delimitación del alcance de la participación de los socios trabajadores en la actividad organizativa de la empresa cooperativa.

En cuanto a lo primero concluye afirmando que en la empresa cooperativa de producción coexisten dos órdenes de interés: el individual del trabajador a la retribución y el del empresario a la organización productiva. Ahora bien, dado que las relaciones que corren entre personal trabajador y empresario social no se agotan en un plano técnico, jerárquico u organizativo, sino que se extiende a la esfera interna de la sociedad, el interés del empresario se objetiva no por absorción del interés individual de los socios trabajadores, sino por síntesis de los intereses de ambos. Con ello, se origina un interés colectivo materializado en el interés a participar en la producción de bienes y servicios en el seno de un sistema capitalista. Interés que, en última instancia, da la razón de ser a la cooperativa y justifica su proyección como empresa comunidad.

Una vez analizado el tipo de interés que ordena la empresa cooperativa de producción, y configurada que ha sido esta institución como empresa comunidad siempre que se dé una coincidencia plena entre los sujetos que conforman su estructura personal, examina la segunda de las cuestiones propuestas en la investigación de los aspectos materiales del empresario cooperativo. Sin embargo, y antes de abordar el tema de la gestión en la cooperativa de producción, o si se prefiere de la relevancia que para la gestión empresarial supone que quien presta el trabajo ostente la condición jurídica de socio, considera conveniente delimitar las relaciones que median entre propiedad y gestión, o más exactamente entre titularidad en la propiedad de la empresa y titularidad del poder de gestión.

Como conclusión a lo expuesto en orden a la estructura de la autogestión de la empresa cooperativa, señala que nuestro ordenamiento ni adecua orgánicamente la estructura de la empresa autogestionada ni ga-

rantiza, en consecuencia, canales de participación del trabajador-socio en la cooperativa.

Una vez analizado el primero de los elementos subjetivos que integran la empresa cooperativa se aborda el segundo de estos elementos, esto es, el personal de la empresa.

Prescindiendo de la exposición de las teorías doctrinales que pretenden disputarse la primacía en la calificación jurídica del personal, lo que interesa destacar es que por personal se entiende el conjunto de trabajadores al servicio de una empresa. Trasladando esta noción al terreno de la cooperativa, se puede definir el personal de esta empresa como el conjunto de trabajadores que en ella prestan trabajo.

Concebido así el personal de la cooperativa, la primera observación a efectuar es la de que, en su seno, ese conjunto de trabajadores puede asumir posiciones jurídicas radicalmente diversas. Diversidad que—según el autor—afecta no sólo a la tipificación jurídica de la relación de trabajo, sino, en general, a cuantos aspectos interesan al personal en cuanto colectividad social. Dicho en otros términos, en la empresa cooperativa de producción el trabajador puede ostentar la condición jurídica de socio o prestar un trabajo mediante un contrato laboral.

Con relación al trabajador-socio en principio podría pensarse que las cuestiones susceptibles de análisis serían las siguientes: *a)* examen de la relación jurídica, de la que deriva la obligación de prestar el trabajo en la cooperativa; *b)* examen del tipo de interés que conjuga el personal de la cooperativa, y forma de integración y participación de este personal en la empresa. El primero de dichos temas se analiza al estudiar los elementos objetivos, relaciones jurídicas, de la empresa cooperativa. El segundo es expuesto al examinar los aspectos materiales del empresario cooperativo.

Finalmente se habla de los elementos objetivos de la empresa cooperativa, puesto que la empresa cooperativa de producción exige, en cuanto comunidad organizada de trabajo, la concurrencia de unas relaciones de las que se deduzcan para unos sujetos la obligación de prestar un trabajo, residiendo el núcleo central de toda la problemática en torno a la relación jurídica del trabajo cooperativo en el determinar si le es o no aplicable la noción estricta de relación jurídico-laboral; o sea, se trata de analizar si la noción jurídica de trabajador, personaje central de aquel sector normativo, conviene o no al socio de una cooperativa de producción que presta en ella un servicio.

El interés del autor se centra en determinar si la obligación jurídica de trabajo que recae sobre los socios de la cooperativa de producción nace del vínculo asociativo o, por el contrario, la prestación de trabajo procede de una relación jurídica autónoma a la relación social. A juicio de VALDÉS DAL-RE la relación de trabajo cooperativo no puede ser calificada de relación jurídico-laboral.

Cuando se refiere al significado de la dependencia en la relación de trabajo cooperativo, sin hacer un estudio intenso de la variada y apasionada problemática que plantea la dependencia en las relaciones jurídico-laborales, considera necesario unas breves consideraciones para un entendimiento integral de la subordinación en la relación de trabajo cooperativo.

También trata de la supuesta ajenidad en la relación de trabajo cooperativo.

Configurada la relación de trabajo cooperativo como relación social, en cuya virtud el socio trabajador queda obligado a prestar un trabajo en las condiciones fijadas estatutariamente, examina la naturaleza jurídica de esta obligación social.

Termina el autor con un apéndice en el que se recoge el texto de la Ley General de Cooperativas, y tras él un completo índice de autores citados a lo largo de su obra.

El trabajo del señor VALDÉS, profundo e interesante por su contenido, constituye una obra de trascendental importancia y de especial dificultad, ya que, como destaca el profesor BAYÓN en el prólogo, el autor necesitó fijar conceptos e instrumentos jurídicos acotando un suelo de arenas movedizas.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El hijo legítimo. Su concepto y determinación en el Código civil español*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1974.

La Editorial Montecorvo ofrece con la publicación de una nueva tesis doctoral un problema de actualidad. Que un problema actual se trate monográficamente, es importante. Destaco la actualidad, pues si bien la existencia de hijos legítimos suele ser signo de todas las épocas en las que se reconoce la institución matrimonial, su estudio destaca más en unas que en otras. Si posteriormente a nuestra guerra civil el «derecho sucesorio» sufrió en la doctrina española un estudio intenso y profundo que desigualó las diferentes partes del Derecho civil; posteriormente, por un fenómeno social de reducción de familia, cambio del poder paterno, ideas de independencia y libertad, admisiones de divorcios vinculares, matrimonios civiles masivos, etc., se produjo una especie de derecho de acrecer situando la fuerza del estudio en el campo ya trillado por ANTONIO CICU. La parcela del derecho de familia ha tenido en estos últimos tiempos tres o cuatro temas claves: el matrimonio, la adopción, los hijos ilegítimos y los legítimos. Sólo falta ahora el empujón de la «igualdad de derechos de la mujer» y un nuevo estudio sobre el régimen económico matrimonial.

El profesor MANUEL GITRAMA, que prologa la publicación, se hace eco de esta idea antes apuntada y en el comienzo de su prólogo nos dice: «No creemos dejarnos inducir por la llamada ley de dramatización sucesiva del presente, que hace que cada generación crea vivir tiempos excepcionales, si ponemos de relieve, cual hecho patente a todas luces, el fulgurante renacimiento actual de los estudios del Derecho de familia. El siempre viejo y siempre nuevo Derecho civil tanto se caracteriza por su permanencia cuanto por sus innatas y perpetuas posibilidades de renovación aun en aquellos de sus capítulos en que el ingenio de los juristas parecía, tiempo atrás, haber agotado sus recursos.»

El autor de la publicación, JAIME VIDAL MARTÍNEZ, es doctor en Derecho y profesor de Derecho en la Universidad levantina. Su vocación por los temas de familia ya fue demostrada en otro trabajo que le valió un premio. La esencia de su publicación está integrada por un comentario de los textos legales, con la posible solución idónea que el autor considera. No obstante—como dice su prologuista—, «pese a confesar el autor atenerse a un método formalista, no se queda, con todo, en la mera glosa o comentario de los preceptos legales referentes a la caracterización de la filiación legítima en estudio. Su esfuerzo se encamina más bien a comprender y explicar—que es ayudar a comprender—las líneas maestras del sistema en este punto ideado o prescrito por el legislador español, para así mejor servir a la Ciencia del Derecho».

A pesar de tener que reconocer el autor la solución «decimonónica» de nuestro Código civil en la materia, destaca con gran valentía que nuestro Código civil, contrastado con otras legislaciones latinas, ostenta una sobriedad y elegancia de que supo hacer gala el legislador español. El problema capital—sigue diciendo el autor—en toda esta materia es naturalmente el que plantea la posible no coincidencia de la paternidad biológica, con lo que la Ley implícitamente establece. Ni al legislador ni al juez le es dado el crear a su antojo paternidades que no existen en la realidad. La misión del legislador no puede ser ni es investigar una relación biológica, sino definir una situación jurídica, y a tal efecto su regulación ni es tan injusta ni arbitraria como afirman sus detractores. Lo que ocurre es que ese mismo respeto a la libertad personal y a la santidad del hogar puede llevar en algún caso a una injusta solución cuando es la paternidad biológica lo que se debate ante los Tribunales. En estos casos extremos siempre cabrá, tanto al particular que pide justicia como al juez que ha de concederla, actuar conforme a esa evidencia que opera *contra legem*. Y ello por las mismas razones por las que ANTÍGONA procedió a enterrar el cadáver de su hermano, pese a la prohibición del rey. Pero tales actos sólo tendrán valor, claro está, ateniéndose a las consecuencias.

Creo que con esta mezcla de ideas extraídas del prologoista y del autor queda perfectamente encuadrada la obra que traemos a esta recensión. Queda ahora la labor material de ir desmenuzando sus partes—tres en las que se divide—, añadiendo que existen numerosísimas notas a pie de página; se encabeza la publicación con un índice sumarial y otro de carácter alfabético de autores. Falta, sin embargo, un índice conceptual. Me parece que tengo esa preferencia, en mis recensiones, por los índices conceptuales, pero debo aclarar que con ellos el autor ofrece al lector un dominio de la obra. Es difícil que el lector la domine si no se la ofrece el autor.

A) *Parte primera*.—Después de centrar el tema exclusivamente jurídico, el autor hace un estudio histórico del mismo, refiriéndose a los tiempos primitivos y la ausencia en ellos de una paternidad biológica; la época romana, en la que a la familia agnaticia se le introduce la cognaticia; la fase germánica, en la que todo se reduce a potestad; el progreso que significó la Edad Media, y, por fin, la regulación completa que sobre este punto hacen las Partidas. Culmina la evolución con la influencia, en este punto, del Derecho francés.

Sucesivamente se van estudiando los temas del estado civil, el concepto de filiación legítima y el problema de la paternidad como requisito para determinar la legitimidad. Para reconocer el *status*, el legislador español valora jurídicamente una realidad social trascendente. La legitimidad de los hijos es una noción creada para robustecer la institución matrimonial, apoyada fundamentalmente en ésta. La paternidad legal del marido se infiere en nuestro derecho por vía de consecuencia y no de principio, encontrando su base la construcción legislativa en el hecho de que la procreación de los hijos es el fin primario del negocio jurídico matrimonial.

En materia de presunciones, dice el autor, que responden a una finalidad estrictamente procesal. Realmente no son presunciones *iuris et de iure*, sino declaraciones legales, enmarcadas en el ámbito del Derecho material. El legislador español utiliza el mecanismo de la presunción *iuris et de iure* para determinar la legitimidad de los hijos habidos en matrimonio, acudiendo a la *fictio iuris* para que el matrimonio anulado surta efectos respecto de aquéllos. En el Código civil no existe una presunción de «concepción»; ello motiva que tanto el cómputo de los plazos como la fijación del momento del nacimiento se hayan de resolver aten-

diendo a criterios puramente legales. El estado civil de hijo legítimo se determina mediante unas declaraciones legales que soslayan el problema de la investigación de la paternidad y de la fijación del momento de la concepción, salvando incluso la posible anulación del matrimonio de los progenitores.

B) *Segunda parte.*—Está destinada a un estudio exegético de los preceptos del Código civil, concluyéndose la misma con unas referencias al Derecho Internacional que nosotros trasladamos a la tercera parte. El examen de los artículos del Código comprende los artículos 108 a 109, así como una serie de supuestos, como el de los hijos habidos en matrimonio declarado nulo, la inseminación artificial, los conflictos de presunciones de legitimidad (nacimientos y reconocimientos y legitimaciones frente a presunción de legitimidad), culminando con el problema de la prueba de la filiación.

La relación entre los dos párrafos del artículo 108 del Código civil—y éstas son conclusiones del autor—sientan la legitimidad de los nacidos en los plazos legales de mujer casada, en tanto no se dé la imposibilidad a la que alude el párrafo segundo. La no paternidad del marido, ausente durante el período legal de concepción, se evidencia en el plano lógico, pero plantea la dificultad de fundamentar jurídicamente la ilegitimidad del hijo. La *ratio legis* del artículo 109 implica mantener a ultranza la más remota posibilidad de que la paternidad del nacido corresponda al marido de la madre, frente a poderosos argumentos en contra. La presunción del artículo 110 del Código civil es *iuris et de iure*. El artículo 111 del mismo Código resulta perfectamente congruente con el artículo 108 del propio Código, dentro de la «lógica del sistema», para determinar la legitimidad de los hijos.

La anulación del matrimonio no priva de la condición de legítimos a los hijos, independientemente de la buena o mala fe de los contrayentes. Se exceptúa el caso de bigamia e impotencia del marido. El Código no se ocupa de los problemas de inseminación artificial homóloga o heteróloga. Igualmente el autor afronta el problema de la paternidad plural (bigamia de la mujer o matrimonio celebrado antes de los trescientos días de haber quedado viuda, así como el reconocimiento del hijo hecho por un tercero). Entiende el autor que la condición de legítimo se mantiene aunque el hijo, caso de serlo del segundo marido, fuera concebido en adulterio, siendo cuestión diferente el problema de la filiación paterna, que deberá resolverse por los artículos 115 y siguientes.

Por último, el autor trata de la prueba del estado civil a través de las actas, la posesión de estado, cualquier medio (con la restricción del artículo 117) y otros supuestos.

C) *Tercera parte.*—Ya he advertido que el último capítulo referido al Derecho Internacional y que el autor lo sitúa en la segunda, nosotros lo incluimos aquí juntamente con el Derecho comparado.

En el Derecho Internacional el autor señala cómo después de la reforma del Código civil el criterio dilucidador de la materia sigue siendo el mismo: ley nacional del padre y, en su defecto, de la madre. Señala en materia de Derecho interregional la contradicción entre el ordenamiento catalán y la postura del Código civil en orden al principio de libre investigación de la paternidad.

Por lo que se refiere a la legislación comparada, destaca la Ley francesa de 3 de enero de 1972, que postula los principios de igualdad, el acercamiento a la verdad biológica y la decisiva importancia de la posesión de estado. En el Código civil italiano sigue manteniéndose las presunciones con valor *iuris tantum*. En los ordenamientos alemán y suizo la legitimidad se atribuye a los hijos concebidos o nacidos en matrimonio, reconociéndose la noción de período de concepción legal, empleándose con

gran amplitud las pruebas biológicas sobre duración de la gestación y madurez del recién nacido.

En general, destaca cómo las pruebas biológicas se utilizan con éxito en la actualidad para la investigación de la paternidad, especialmente de grupos sanguíneos, la antropomorfología y la del grado de madurez. Ellas podrían tener entrada al socaire de algún artículo muy concreto (artículo 111 *in fine* y art. 117 del Código civil) y, por supuesto, en una posible reforma del Código civil.

Por último, el autor hace una comparación entre la distinción de la filiación legítima y la ilegítima, en la que no penetramos, pues en la «cola» de libros a recensionar está precisamente uno que trata de esta materia, y es nada menos que el discurso de entrada como académico de número en la de Jurisprudencia y Legislación de MANUEL DE LA CÁMARA y la contestación que al mismo dio AMADEO DE FUENMAYOR.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

Por FERNANDO MALO

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA.—Abril-junio 1974.

La libertad de asociación, por J. A. GONZÁLEZ CASANOVA (1).

Si en estos momentos pudiéramos sintetizar en una palabra la preocupación básica de los elementos conscientes del país, esa palabra sería asociación. El *Estatuto jurídico del derecho de asociación política* ha ofrecido unos cauces asociativos sólo propicios para que transiten por ellos los hombres del propio sistema, excluyendo la participación de todos los que desean una más auténtica representación política.

En este panorama el trabajo de GONZÁLEZ CASANOVA resulta extraordinariamente revelador, porque nos muestra el alcance total de las restricciones que padecemos y que vienen en realidad a negar el propio derecho de asociación política, aunque tenga la forma de un estatuto jurídico: estatuto de negación, no de afirmación del derecho de asociarse.

Hago este aserto a pesar de que el ensayo de GONZÁLEZ CASANOVA está redactado antes de aprobarse el mencionado estatuto; pero visto históricamente el proceso de las libertades públicas y, en particular, el de asociación, la mera lectura superficial del estatuto ya nos permite la conclusión de que en él no está reconocido el derecho de asociación más que a los que el estatuto quiere que se asocien. La finalidad esencial de perpetuar la actual estruc-

tura de poder se hace visible porque se cambia—la promulgación del estatuto—para que todo siga igual, y se evita la intervención de hombres distintos porque, como decía ANATOLE FRANCE, consideramos peligrosos a los que tienen un espíritu diferente al nuestro.

Si el poder tiende a sucederse a sí mismo, sería ingenuo pensar que el actual régimen iba a ofrecer unas garantías políticas de actuación a hombres ajenos a él, tratándose, además, de un régimen montado en un sistema de lealtades recíprocas, en el que, a cambio de la obediencia y los servicios de los vasallos, éstos quedan amparados de por vida bajo la capa protectora que les brinda el poder.

Al hacer estas consideraciones tangenciales al estudio que nos ocupa, no nos hemos alejado de él. Por el contrario, hemos incidido en un punto capital del mismo: «la libertad no se tiene naturalmente, sino que se conquista. se conquista histórico, práctica, políticamente»; «la libertad es el poder», dice GONZÁLEZ CASANOVA, citando a BURDEAU.

Estas reflexiones son la culminación de la primera parte del trabajo en el que, bajo el epígrafe de «la teoría de las libertades públicas y la libertad de asociación», pasa revista al proceso histórico que va desde la tenencia y mantenimiento de las libertades públicas frente al poder político hasta la consideración de que las mismas no son un freno o un límite del poder, sino que sólo con el ejercicio del poder se puede llegar a una auténtica liberación colectiva. De ahí que «la asociación sea la

(1) Este comentario fue realizado en agosto de 1975.

expresión cabal del poder .» «La libertad de asociación política es, sin duda, la más grande libertad pública, justamente porque supone el libre ejercicio de la máxima solidaridad humana. La asociación política tiene como fin ejercer el poder político de la comunidad en todos sus niveles, dentro de la estructura organizada del Estado... Las asociaciones tienen su justificación última y más importante en conducir a las masas a la dirección suprema del Estado mediante la representación de alguna de sus formas o bien mediante la autogestión y el autogobierno.»

El trabajo de GONZÁLEZ CASANOVA es excelente y rabiosamente actual. Incluye un capítulo sobre la libertad de asociación en el Derecho comparado y otro sobre la libertad de asociación en España, que constituye una importante síntesis histórica.

Sin mermar un ápice la novedad que puede tener el presente estudio, es lástima que aún tenga que escribirse en este país con cierto afán reivindicativo sobre una cuestión que pertenece ya casi al acervo cultural heredado en todos los pueblos civilizados; es lástima también que la cerrazón política fuerce a juristas ilustres a constituir sociedades mercantiles con finalidad política o sociedades políticas con ánimo de lucro; y, sobre todo, es altamente penoso que lo que estudian con naturalidad en las escuelas los muchachos ingleses o alemanes sea aquí traumática y arriesgada opción política, susceptible de proporcionar, como las piedras y las zarzas del camino, incomodidades constantes en la honesta andadura de un gran número de españoles.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA.—Abril-junio 1974.

El coste de la justicia, por ANTONIO CARRETERO PÉREZ.

Por fortuna comienzan a aparecer en España trabajos en los que se hacen estudios serenos sobre la función judicial. Se omiten las grandes palabras so-

bre su alta finalidad—lo cual no significa negarla—y se contemplan los aspectos más nimios de su real operatividad en la vida social. Ponerse en este plano supone ya la posibilidad de hallar vías serias, empedradas de datos reales, que nos conduzcan a la deseada reforma de la justicia con una importante valija de conocimientos respecto a las necesidades que en este punto tenemos en el país.

En un reciente libro de TOHARIA, titulado *Cambio social y vida jurídica en España*, una de las conclusiones a que llega el autor es el desfase existente entre la solución que brindan en muchos casos los tribunales y las necesidades auténticas de las partes, por lo que se produce un agudo abstencionismo de plantear los conflictos ante la administración de justicia, surgiendo el arbitraje o las sociedades mediadoras como instrumentos *ad hoc*, capaces de brindar una respuesta pactada a la colisión de intereses.

En este orden de cosas, CARRETERO plantea el tema del coste de la justicia en términos muy claros. Alude a la inadecuación actual del sistema de justicia gratuita a la realidad, estimándolo insuficiente, por lo que propugna la prestación de estos servicios a través de un sistema de seguridad social. Incluso en los casos de personas legalmente ricas, las tasas judiciales «pueden hacer económicamente imposible el seguimiento de un proceso». Se muestra partidario de la financiación del servicio sobre la base del impuesto, aunque pueda existir una tasa única, «dedicada al mejoramiento de los propios servicios y remuneración de funcionarios, en relación con criterios incentivos que se estiman más adecuados».

Es lógica esta afirmación partiendo, como hace CARRETERO, del criterio de DOBB, para quien esos servicios responden a una «necesidad colectiva», y siguiendo también a LANGE, que afirma cómo «la inversión en servicios públicos constituye un tipo de inversión complementaria, no capaz de producir desarrollo por sí misma, pero sin la cual no puede haber desarrollo que por definición ha de ser económico, social, político y jurídico».

Importante también en su referencia a que «no es solamente el condiona-

miento económico el que aleja a la población de los tribunales, sino que las situaciones de clase repercuten extraordinariamente en los estilos de vida y, por tanto, en sus actividades, entre los cuales el recelo y desorientación ante oficinas, papeles y autoridades...

Esta situación de inferioridad social es una clave política... que denota, una vez más, la necesidad de un cambio impulsado por la actividad política adecuada ante la alternativa de un inmovilismo que, de hecho, habría de convertirse en una actitud de contención y de regresión, incompatible con todo programa de desarrollo...

Finalmente, señalemos el énfasis que pone el autor en salvar las dificultades formales vigentes, simplificando los procesos, buscando unidades de jurisdicción y abreviando trámites.

Este trabajo es un capítulo de la obra colectiva *Aspectos esenciales de la organización judicial española*, realizada bajo la dirección de RODRÍGUEZ AGUILERA, que ha merecido el Premio Feixó Carreras, 1971, del Colegio de Abogados de Barcelona.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA.—Abril-junio 1974.

Este número de la *Revista Jurídica de Cataluña* contiene otros dos estudios monográficos, además de los comentarios. Son: «La prueba imposible de la culpa exclusiva de la víctima», por LUIS MUÑOZ SABATÉ, y «La habitualidad criminal del artículo 4.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», por SANTIAGO MIR PUIG.

No queremos dejar de señalar que en el mismo número, en su sección de «Miscelánea jurídica», se incluyen trabajos de diversos autores en homenaje a la persona y la obra de RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, centrados en su actividad como juez, maestro, registrador y hombre de derecho. En ellos se rinde tributo, con cariño y respeto, al quehacer del gran jurista catalán, saliendo a la luz algunos datos interesantes de su trayectoria científica y humana.

F. M.

