

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año L • Marzo - Abril 1974 • Núm. 501

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. Pío Cabanillas Gallas.
D. José Poveda Murcia.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
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 dación o promesa de capital para el marido y la evicción en caso de fraude», por LUIS DíEZ PICAZO	245
«Los establecimientos benéficos y su exención del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales», por ANTONIO MANZANO SOLANO	259
«Las concordancias de GARCÍA GOYENA y su valor para la interpretación del Código civil», por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	289
«La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción», por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA	303

NOTAS:

«La legislación de reforma y desarrollo agrario y el Registro de la Propiedad. Texto refundido de dicha legislación aprobado por Decreto-Ley de 12 de enero de 1973» (Nota complementaria), por CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO	315
---	-----

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	323
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	345
2. Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	395

LIBROS:

«Temas de Derecho civil», de FEDERICO CASTRO Y BRAVO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	401
«Estudios sobre la Jurisprudencia civil», de LUIS DíEZ PICAZO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	405
«Ciento cincuenta y ocho sentencias del Tribunal Supremo», de J. F. FANJUL SEDEÑO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	411
«Juristas españoles de nuestro tiempo», de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	413
«Las sanciones de Orden Público en Derecho Español», de LORENZO MARTÍN RETORTILLO, por MANUEL RIDRUEJO GONZÁLEZ	418
«Divorcio: Orden Público y Matrimonio Canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio», de RAFAEL NAVARRO VALLS, por GERARDO MURIEDAS	421
«Derecho cambiario», de J. RUBIO Y GARCÍA MINA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	435

REVISTAS	443
------------------------	-----

ESTUDIOS

La dación o promesa de capital para el marido y la evicción en caso de fraude (*)

INTRODUCCION

El artículo 1.397 de nuestro Código civil constituye un pequeño enigma. Lacónicamente dice que «el que diere o prometiére capital para el marido, no quedará sujeto a la evicción sino en caso de fraude». Aparece esta frase, situada dentro del capítulo quinto del título tercero del libro cuarto, que trata de la sociedad de gananciales, inmediatamente después del precepto que enumera cuáles son, en dicha sociedad, los bienes propios o privativos de cada uno de los cónyuges. El lector desprevenido recibe la impresión de que el artículo 1.397 viene de alguna manera a completar esa enumeración de los bienes propios de cada uno de los cónyuges en la sociedad de gananciales, bien desarrollando o bien modificando de algún modo los principios en que se inspira. Sin embargo, por más vueltas que al tema se le dé, la relación del artículo 1.397 con la disciplina de la sociedad de gananciales en general y con la determinación de los bienes de la propiedad de cada uno de los cónyuges en particular, se mantiene como algo indescifrable. Por eso, se ha podido decir, seguramente con razón, que el artículo 1.397 está mal situado dentro del Código y que es un texto que corresponde a otro lugar del sistema (1). Mas, ¿cuál es este otro lugar? ¿Cuál es el alcance, cuál el contenido y cuál el significado de esta lacónica frase, según la cual «el que diere o

(*) Trabajo redactado para el *Homenaje al Prof. Santacruz Teijeiro* con motivo de su jubilación y actualmente en prensa.

(1) LACRUZ, *Derecho de Familia*, «El matrimonio y su economía», Barcelona, 1963, pág. 504.

prometiere capital para el marido no está sujeto a la evicción sino en caso de fraude»?

Ha sido señalado que el artículo 1.397 procede del artículo 1.315 del Proyecto del Código civil de 1851. En el Proyecto de 1851, el artículo 1.315 decía literalmente que «el que da o promete capital marital no queda sujeto a la evicción sino en caso de fraude». La situación de este precepto dentro del articulado del Proyecto era poco más o menos la misma que la del actual 1.397: la disciplina relativa a la que allí se llama simplemente «sociedad legal» y su inmediata colocación respecto de la determinación de los bienes propios de cada uno de los cónyuges (art. 1.314 Proy.). Sin embargo, cabe señalar entre ambos textos algunas diferencias que pueden tal vez ser importantes. En primer lugar, la expresión «capital marital» parece tener en el Proyecto un cierto sentido técnico, del que ha quedado desprovista la locución «capital para el marido» del vigente artículo 1.397. En segundo lugar, en el Proyecto se decía que se consideraban bienes propios de la mujer los que constituyen la dote—puesto que, como es sabido, en el Proyecto no se admitieron los bienes parafernales—y bienes del marido los componentes del «capital marital»; el artículo 1.314 del Proyecto decía, además, que este «capital marital» se debía regular por lo dispuesto para la dote en los artículos 1.265, 1.266, 1.271, 1.298 y 1.307. El artículo 1.315 venía a constituir así una cierta modificación del 1.314 y guardaba una cierta conexión con el artículo 1.270 y no estaba comprendido en la remisión que trataba de la «evicción en la dote».

Según el artículo 1.270 del Proyecto, «el donante no queda sujeto a la evicción, sino en el caso comprendido en el artículo anterior y en el caso de fraude». El artículo anterior, esto es, el 1.269, se refería a la dote necesaria y por eso pudo decir GARCÍA GOYENA que el artículo 1.315 estaba en armonía con el 1.270, si bien, al no estar los padres obligados a dotar o donar en favor de los hijos por causa de matrimonio, al paso que lo están, en cambio, a dotar a las hijas, en el artículo 1.315 había que comprender únicamente el caso de fraude (2).

Señala con razón MUCIUS SCÉVOLA (3), que el Código ha alterado los términos en que estaba concebido el Proyecto. Se ha eliminado del Código el artículo del Proyecto, que se refería a la evicción en la dote, y se ha conservado sólo el relativo a la evicción en caso de donación o promesa de capital para el marido. Aún cabría señalar que la modificación introducida en el Código es algo más profunda, pues, como hemos

(2) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Madrid, 1852, tomo 3.º, pág. 324.

(3) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XXII, Madrid, 1905, págs. 163 y siguientes.

visto, se ha suprimido de él también la remisión que en el Proyecto se hacía, respecto de la constitución de capital para el marido, a las reglas de la dote, de suerte que el artículo 1.397, al perder sus conexiones dentro del sistema, ha quedado aislado y bastante desprovisto de sentido.

La supresión de la regla del artículo 1.270 del Proyecto, respecto de la evicción en el caso de la dote, parece proceder de la idea de que la constitución de dote es siempre donación y que, por consiguiente, se le aplican siempre las normas relativas a la evicción en las donaciones (4). Estas reglas se encuentran contenidas, como es bien sabido, en el 638, de acuerdo con el cual «el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen». Por donación onerosa hay que entender aquella que impone al donatario una carga o una prestación modal, pero no parece existir especial dificultad para aplicar la misma regla a las donaciones dotales hechas en el cumplimiento de un precepto legal, como es el caso de la dote obligatoria en favor de las hijas de los artículos 1.340 y siguientes. De esta suerte, la regla en caso de dote es que no se produce nunca responsabilidad por evicción salvo en el caso de la dote obligatoria.

La supresión de la regla del artículo 1.270 del Proyecto y la regulación de la evicción en la dote a través de las reglas generales de las donaciones, así como la subsistencia de la regla del artículo 1.314 del Proyecto en el vigente artículo 1.397, suscita por ello el problema de entender qué es lo que en el citado precepto legal se llama «caso de fraude», que subsiste como causa de evicción en la donación o promesa de capital para el marido, mientras que no lo es, por lo menos expresamente, en el caso de la dote de la mujer.

Todos estos problemas inducen a tratar de examinar, con alguna atención, el precepto aludido, no ciertamente a causa de su importancia práctica, que parece ser mínima, pero sí como ejercicio de estilo en honor de un dilecto colega y amigo. Por otra parte, tratar de esclarecer un rincón perdido de nuestro Código civil, poniendo al mismo tiempo de relieve los

(4) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo IX, Madrid, 1930, página 498. La solución es distinta, sin embargo, en el Derecho francés, donde el artículo 1.547 del Código civil dispone que «los que constituyen una dote están obligados a la garantía de los objetos constituidos en ella». Los autores franceses lo explican en función del carácter especial de la liberalidad dotal y de su afectación al levantamiento de las cargas del matrimonio, desechando la tesis de la más antigua jurisprudencia, que veía en la constitución de la dote un acto a título oneroso. La opinión en Francia es, en todo caso, tradicional y procede por lo menos de DOMAT (cfr. por todos RIPERT BOULANGER, *Traité de Droit Civil* (d'après de traté de Planiol), París, 1959, tomo 4.º, pág. 65).

Sobre la aplicación a la dote de unas reglas distintas a las de las donaciones, en materia de evicción y garantía, vid LACRUZ, *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1958, págs. 277 y sigs.

problemas que puede crear el cambio legislativo cuando en él se introducen factores de inercia y de omisión de la debida coordinación, puede ser, acaso, no inútil faena.

LA DONACION DE CAPITAL PARA EL MARIDO: SU NATURALEZA JURIDICA

El primer problema que nos suscita el comentario del artículo 1.397 del Código civil, consiste en determinar cuál es la naturaleza jurídica del acto contemplado en él, que puede estar en unos casos sujetos a la evicción y libre de ella en otros. Una lectura superficial del texto pone de relieve que la configuración posible del acto es doble. Puede ser una dación o una entrega («el que diere») y puede ser también una declaración de voluntad consistente en una promesa («o prometiére»).

El objeto de la dación o de la promesa es «capital para el marido». Literalmente al menos, capital del marido son los bienes que le pertenecen al marido en exclusiva propiedad y que no se hacen comunes de ambos cónyuges. Estos bienes constitutivos del capital del marido pueden ser aportaciones iniciales al matrimonio o pueden ser adquisiciones posteriores. Por otra parte, el ingreso en el matrimonio de «capital» del marido puede proceder de un hecho realizado por el transmitente a título oneroso o a título lucrativo. ¿Cuáles de todos estos supuestos se contemplan en el artículo 1.397?

Aunque el texto en este punto sea bastante inexpresivo, no parece posible entender que el artículo se aplica a las adquisiciones de bienes de capital que tengan su origen en una causa onerosa. No parece existir razón alguna para derogar en este punto las reglas generales de la evicción (v. gr., en la compraventa). Por ello, el ámbito del artículo 1.397 queda limitado, sin duda, a las adquisiciones que el marido realiza por título lucrativo.

Aun en este terreno, cabe dudar en punto a cuál es la razón para haber establecido una regla especial que modifique el principio del artículo 638 relativo a las donaciones. Si durante el matrimonio el marido recibe una donación de un tercero, no hay duda de que esta donación constituye capital del marido o bienes propios de él, pero tampoco hay duda, a nuestro juicio, de que la regla aplicable en sede de evicción es el artículo 638 y no el 1.397.

Todas estas consideraciones nos llevan a pensar que el ámbito de aplicación del artículo 1.397 queda limitado a aquellas donaciones que tengan por objeto constituir el capital que el marido aporta al matrimonio como bienes de su pertenencia. Es decir, a la constitución de un capital

del marido por razón del matrimonio y en el momento de la celebración de éste.

Con base en los razonamientos y en las reflexiones anteriores, creemos que se puede llegar, en orden a las características del primer tipo de acto o negocio jurídico (dación de capital), contemplado por el artículo 1.397 del Código civil como base de la acción de evicción o de la exclusión de dicha acción, prevista en el referido artículo, a las siguientes conclusiones:

1.º) Es siempre una donación.

2.º) Se trata de una donación realizada por razón de matrimonio y sometida a la especial disciplina de este tipo de liberalidades (arts. 1.327-1.333).

Se trata, por consiguiente, de una donación en cierto modo privilegiada, en la que el donatario resulta favorecido (5).

3.º) Es indiferente quién sea la persona que realiza la donación, puesto que el artículo no efectúa distinción alguna. Pueden ser donantes los padres y parientes del marido, la mujer o sus parientes o un tercero extraño a ambas familias.

4.º) La finalidad de la donación debe consistir en la creación de un «capital marital». Rigurosamente, el negocio contemplado por el artículo 1.397 es el acto constitutivo o constitucional del capital marital. Ello quiere decir, en primer lugar, que no toda donación hecha al marido entra en el ámbito del artículo 1.397, sino sólo aquella que tenga por objeto constituirle un capital. De lo anterior se desprende que tampoco hay razón para aplicar el artículo 1.397 cuando el marido tuviera ya anteriormente un capital propio y no fuese necesario constituírsele, de manera que la donación venga únicamente a aumentar o a acrecentar aquel capital.

También se deduce de lo anterior que hay una cierta relación entre la idea de constituirle un capital al marido y la viabilización del proyectado matrimonio, por la estrecha relación que existe entre el capital marital—su existencia y su envergadura—y la economía familiar.

En este sentido, cabrá preguntarse si la dación de capital marital, a que se refiere el artículo 1.397, tiene o no que realizarse precisamente en capitulaciones matrimoniales. En favor de la tesis afirmativa podría apuntarse la idea, antes expuesta, del carácter básico que en relación con el matrimonio proyectado puede tener la constitución del capital marital y en

(5) LACRUZ, *Derecho de Familia*, cit., pág. 321, relaciona el artículo 1.397 con el 1.332, que impone al donante por razón de matrimonio la obligación de liberar los bienes donados de hipotecas y gravámenes.

la idea de que este carácter básico sólo lo asumen las atribuciones capitulares. En contra, en cambio—y es el punto de vista por el que nos inclinamos—, cabe señalar que la ley no exige de manera expresa que la donación sea hecha en capítulos para que caiga dentro del marco del artículo 1.397 y que la inserción en los capítulos sólo es decisiva cuando la articulación de las atribuciones constituye prestación de cada una de las partes, pero que la dación de capital para el marido puede tener carácter básico o fundamental para éste, sin necesidad de que se articulen unos convenios en los que intervenga el otro cónyuge o sus parientes.

EL CASO DE FRAUDE COMO PRESUPUESTO DE LA EVICCIÓN

El problema más grave que plantea la exégesis del artículo 1.397 consiste en determinar cuál es el «fraude» o el «caso de fraude» de que en él se habla. Si, por hipótesis, el supuesto contemplado en el artículo que analizamos es el de una donación, es muy difícilmente concebible de qué manera puede haberse defraudado al marido donatario. ¿De qué fraude se trata?, se pregunta MUCIUS SCÉVOLA, ¿quién y por qué concepto ha de ser defraudado a los efectos de este artículo? (6).

A primera vista, cabría pensar que el fraude se comete cuando a cambio de la donación de capital el marido donatario ha asumido determinadas obligaciones. Sin embargo, es claro que en tal caso la donación sería una donación onerosa o con carga y que la evicción se produciría merced a lo dispuesto en el artículo 638 y por el juego mismo de este precepto. Por esto, el comentarista citado señala que en su opinión la donación de capital para el marido, por lo que hace a la relación que se establece entre el marido y el donante, no sale de la regla del artículo 638 (7). Ahora bien, si el fraude no está aquí, ¿dónde está? El mismo comentarista a quien antes nos referíamos, tras llegar a la conclusión de que la donación de capital para el marido por lo que hace a la relación que se establece entre marido y donante, no sale del ámbito del artículo 638, trata de apuntar que el fraude del artículo 1.397 afecta a los intereses de la mujer. Ello ocurriría, dice, si, a cambio de la donación y de la consiguiente aportación al matrimonio, «se hubiesen obtenido, en la escritura de capitulaciones matrimoniales o de otra manera, beneficios por parte de la mujer que ésta no hubiera otorgado a sabiendas del vicio de la obligación donatoria». La constante defensa que encuentra la mujer en las leyes civiles, añade MUCIUS SCÉVOLA, ha obligado al legislador a

(6) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 164.

(7) MUCIUS SCAEVOLA, *loc. cit.*; también MANRESA, *cit.*, págs. 497 y 498.

prevenirse en el presente artículo contra este dolo, merced al cual, maridos poco escrupulosos podrían realizar ganancias indebidas con la celebración del matrimonio (8).

Sin embargo, esta manera de entender el artículo 1.397, aun siendo ingeniosa, no resuelve los problemas y plantea, a su vez, otros igualmente insolubles. Detengámonos por un momento en el supuesto de MUCIUS SCÉVOLA. Hay un donante que hace donación de unos bienes que no le son propios y que serán después reivindicados por un tercero o, subsidiariamente, de unos bienes con vicios o defectos ocultos. Hay, además, un «marido poco escrupuloso», lo que quiere decir que era conocedor del carácter ajeno de los bienes o del vicio inherente al bien donado y, aportándolo el matrimonio, obtiene de la mujer o de los parientes de ésta en las capitulaciones matrimoniales unos determinados beneficios. Pues bien: en la hipótesis que nos ocupa, parece claro que no se daría nunca una propia y genuina acción de evicción del marido frente al donante, al conocer aquél de antemano la causa de la evicción. Por otra parte, el autor del fraude de la mujer es el marido y el tercero, en todo caso, es un simple cómplice. La hipótesis de este fraude de la mujer no requiere además la dación o promesa de capital para el marido, que es el supuesto de que habla el artículo 1.397. El caso sería exactamente el mismo si un cazadotes sin escrúpulos aparentara o simulara bienes de los que carecía. Los hechos descritos pueden afectar a la economía del contrato ante-nupcial, imponiendo su anulación por el dolo, su rescisión, etc. Podrán generar, además, una responsabilidad aquiliana del marido y del tercero, cómplice del fraude, pero no se ve manera humana de que generen una auténtica acción de evicción porque ni el marido puede ejercitar esta acción, como ya hemos dicho, ni mucho menos la mujer.

A mi juicio, el fraude del artículo 1.397 no es fraude a la mujer, sino fraude al marido.

En las fuentes históricas y en el pensamiento de GARCÍA GOYENA, lo que justificaba la evicción aludida en el artículo 1.397 es simplemente el dolo: dolo del constituyente de la dote o dolo del constituyente del capital del marido (9). Las normas de los artículos 1.290 y 1.315 del Proyecto tendrían, de este modo, su precedente en las Leyes de Partidas, que configuraban, como supuesto de evicción en la dote, el de dolo del constituyente (10). GARCÍA GOYENA, según propia confesión, no hizo otra

(8) MUCIUS SCAEVOLA. cit.

(9) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., pág. 884.

(10) Part., 4, 11, 22: «Venciendo algún ome en juicio al marido por la dote quel dio su mujer o por la quel oviesse dado alguno en nome della, si non fuesse apreciada la dote quando la establescieron, el peligro sería de la mujer. ... E si se obliga, tenuto es de cumplir aquello a que se obligo, quier sea la mujer o otro por ella. E si non se obliga a fazer esto, aviendo buena fe quando le establescio,

cosa que trasladar la norma del supuesto de la dote al supuesto de constitución de capital para el marido.

Ahora bien, la equiparación de los términos de dolo y de fraude y la sustitución del primero por el segundo en el artículo 1.397, nos vuelve a plantear toda la problemática general de lo que debe entenderse por dolo civil, y, en particular, por dolo en el cumplimiento de obligaciones, pues, como es sabido, confluyen históricamente varias corrientes de opinión y varias posibles líneas de planteamiento (11). Para unos el dolo es simplemente conciencia y voluntariedad del acto que se realiza cuando es injusto o contrario a derecho, mientras que para otros el dolo estriba en la existencia de un ánimo de perjudicar o, por lo menos, en la conciencia del posible perjuicio que se causa sin haber adoptado las medidas necesarias para evitarlo.

La estructura de nuestro supuesto hace muy difícilmente aplicable a él la primera línea de configuración del dolo, más amplia y flexible. Con arreglo a ella, bastaría que el donante del capital marital fuera consciente de que los bienes que donaba no eran propios suyos o de que existía la causa de evicción (12), para que quedara sometido al deber de sanear, lo que—y esto habrá de ser, en su momento, objeto de comentario—equivale fundamentalmente a reintegrar al donatario el valor mismo que tenían los bienes donados, consecuencia que, no cabe duda, es exorbitante y que carece de justificación. En cambio, exigir un especial ánimo de perjudicar conduce, ante todo, al consabido proceso de intenciones, siempre dificultoso y, en segundo lugar, no permite resolver aquellos casos en que el donante, no obstante carecer de un especial *animus necandi*, haya, sin embargo, producido, incluso por su negligencia, perjuicios al donatario.

Cabría por ello, proponer una solución flexible, de acuerdo con la cual este dolo o fraude del donante que adquiere relieve en el artículo 1.397, debiera consistir en la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que el donante conociera o debiera conocer los vicios o causas originadoras de la posible o eventual evicción.

b) Que el donante hubiera conocido o debido conocer el carácter básico que para el donatario tenía la constitución del capital marital y,

cuidando que era suya e que non avia y embargo alguno; o lo fizo engañosamente, cuidando que era agena. E si avia buena fe quando la dio, non es tenuto de la fazer sana, maguer sea vencido della. E si lo fizo engañosamente, tenuto es de la fazer sana.»

(11) Vid. Cossío, *El dolo en el Derecho Civil*, Madrid, 1955; LUPOI, *El dolo del debitore*, Milán, 1969.

(12) Cabe todavía pensar que este tipo de dolo, más que dolo en la ejecución del contrato o dolo en el cumplimiento de las obligaciones, es dolo *in contrahendo*, que obliga al interés contractual negativo.

por consiguiente, las posibles consecuencias que tuviera para él la sobrevenida desaparición de tal capital.

LA EVICCIÓN PREVISTA EN EL ARTICULO 1.397 DEL CODIGO CIVIL: SU ALCANCE Y CONTENIDO

Como es bien sabido, el término evicción posee en nuestras leyes civiles un característico significado técnico. La evicción tiene lugar—podemos decir, ampliando un poco los términos del artículo 1.475—cuando el adquirente se ve privado de todo o de parte de la cosa adquirida por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la adquisición. En tal supuesto, tiene derecho a exigir el transmitente el valor de la cosa al tiempo de la evicción, los frutos o rendimientos, si hubiese sido condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio, los gastos de los pleitos y los del contrato si los hubiese pagado él, así como los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo hechos en la cosa, esto último si el transmitente era de mala fe.

En puridad, la obligación de saneamiento por evicción o la responsabilidad por evicción, contemplada en términos generales, y en la regulación de que ella hacen los artículos 1.475 y siguientes del Código civil, presenta dos planos diversos: el primero es lo que el artículo 1.478 llama la «restitución del precio»; el segundo, en cambio, es el que concierne a las demás secuelas (frutos, costas, gastos, daños, etc.).

La primera partida que compone la obligación de saneamiento (restitución del precio) parece estar fundada en el carácter sinalagmático del contrato origen de la transmisión; y es, en definitiva, una aplicación del principio de la *condictio causa data causa non secuta*. Si un comprador pierde la cosa comprada o se ve privado de ella en virtud de una causa anterior a la compra, pierde su razón de ser la atribución que él hizo del precio y el precio le debe ser devuelto. Esta construcción tropieza, sin embargo, con el hecho de que el objeto de la restitución, según el artículo 1.478, 1.º, no es el precio efectivamente pagado como precio contractual, sino lo que el Código llama «precio que tuviera la cosa vendida al tiempo de la evicción», que puede ser, según el propio precepto aclara, «mayor o menor que el de la venta», por lo cual, en puridad, no se refiere al precio en sentido estricto, sino al valor de la cosa. Aun con esta matización, que traslada el riesgo del aumento de valor al transmitente, puede, sin embargo, admitirse la idea de que la obligación fundamental en la evicción es restitutoria y se funda en el equilibrio de las prestaciones.

Los restantes apartados del artículo 1.475, lejos de suponer una restitución en función de una causa sinalagmática no cumplida, tiene su raíz

en la idea de un resarcimiento de los daños sufridos por el adquirente, puesto que se trata, en su mayor parte, de desembolsos originados directamente por la evicción o de desembolsos hechos con fundamento en la confianza de haber realizado una adquisición perfecta (frutos o rendimientos, si se le hubiera condenado a entregarlos; costas de los pleitos; gastos del contrato; gastos voluntarios o de puro recreo u ornato hechos en la cosa, etc.).

Lo que ocurre es que seguramente, en muy buena medida, el deber de resarcimiento del transmitente y su responsabilidad, en cuanto a algunos posibles desembolsos de carácter típico, como son los frutos y rendimientos que el adquirente hubiese sido condenado a entregar al vencedor en el juicio, las costas de los pleitos y los gastos del contrato (cfr. art. 1.478, 2.º, 3.º y 4.º), funciona objetivamente, con total independencia de la buena o de la mala fe y de la diligencia o negligencia con que el transmitente hubiese actuado. Se trata, pues, de una responsabilidad por daños, pero de naturaleza o de carácter objetivo, aunque típica en cuanto a las posibles causas originándolas de tales daños.

Hay, por último, una extensión o una ampliación de la responsabilidad del transmitente, que llega a comprender todos los daños e intereses (cfr. art. 1.478, 5.º). Esta responsabilidad por daños deriva también de un régimen especial, pues en ella no se tiene en cuenta la negligencia (arts. 1.101 ó 1.902), sino sólo la mala fe.

Con base en las ideas anteriores, podemos llegar a la conclusión de que, en materia de donación en general y de donación de capital para el marido en particular, no hay razón alguna para que funcione el sistema de restitución del valor por falta de sinalagma, ni tampoco una responsabilidad típica y tasada por los daños del adquirente que tenga el carácter objetivo. Sin embargo, de acuerdo con los principios generales, no hay inconveniente alguno para que funcione la responsabilidad por daños fundada en la mala fe. Por eso, es cierto, como ya decía GARCÍA GOYENA, que la evicción en caso de fraude del artículo 1.397 se hubiera producido aunque ningún precepto legal lo señalara así, por el juego mismo de los principios que ordenan resarcir los daños dolosamente causados.

Lo cual quiere decir, expresado de otro modo, que la sumisión a evicción del artículo 1.397 no parece que sea en ningún caso una completa aplicación de la disciplina de los artículos 1.475-1.482, sino una especial responsabilidad del transmitente por los daños sufridos por el adquirente, que encuentra su fundamento en la existencia de dolo en el que transmitió. El dolo no parece exigir la voluntariedad en la producción del daño, sino simplemente la conciencia de que éste podía llegar a ocurrir.

Aunque no resultan aplicables, como hemos dicho, en su integridad los

preceptos relativos al saneamiento en caso de evicción, para que el donatario pueda, incluso en caso de fraude, demandar responsabilidad al donante, parece necesario que haya recaído una sentencia firme, por la que se le condene a aquél a la pérdida de la cosa adquirida (cfr. art. 1.380) y que en el curso del pleito productor de la evicción y en los términos previstos entre el artículo 1.482 se le notifique la demanda al donante.

LA SIMPLE PROMESA DE CAPITAL PARA EL MARIDO

Hasta ahora hemos pensado, en orden a la aplicación del artículo 1.397, en una dación de capital, lo que equivale a decir una donación con entrega de los bienes donados y con efectos traslativos del dominio. Aunque no muy claro, el funcionamiento de la posible acción por evicción, ofrecía en esta hipótesis una cierta coherencia. En primer lugar, porque el capital del marido había quedado ya constituido con la entrega de los bienes y el marido había quedado convertido en un adquirente. Y en segundo lugar, y sobre todo, porque al ser ya el marido un adquirente, se hace posible la hipótesis estricta de evicción (*evincere*: ser vencido en juicio). La cuestión, en cambio, se torna más difícil en el caso de una simple promesa. El texto del artículo 1.397, sin embargo, somete a la evicción, en el caso de fraude, no sólo al que diere el capital, sino también al que simplemente lo prometiere.

Las dificultades para entender la norma son varias:

a) En primer lugar, la simple promesa de realizar una atribución patrimonial gratuita, de acuerdo con las normas generales de las donaciones, que son aplicables a las donaciones nupciales en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.328, no obliga al promitente más que si resulta hecha por escrito o en escritura pública si se refiere a bienes inmuebles (arts. 632 y 633). De esta suerte parece que no es cualquier promesa de capital la contemplada en el artículo 1.397, sino una promesa de capital que sea normalmente vinculante para el promitente.

b) En segundo lugar, la aplicación del artículo 1.397 parece que exige una promesa de donación referida a bienes concretos y determinados, pues si estuviera simplemente referida a una cantidad de dinero o a un valor, el artículo en cuestión por hipótesis no se podrá aplicar.

Ahora bien, si la referencia es a bienes concretos y determinados, más que «promesa» hay ya una auténtica donación, aun cuando la entrega efectiva de los bienes donados quede diferida o demorada para un momento posterior.

c) Si la hipótesis ante la que estamos situados es la de simple

emisión de las promesas, sin entrega efectiva de los bienes, ni, por tanto, traslación de la propiedad y aplazamiento de este hecho para un momento posterior, no se ve claro de qué modo puede producirse una evicción, pues el beneficiario de la promesa, que aún no ha recibido nada, no puede ser vencido en juicio por un tercero.

En rigor, la única posibilidad que existe es la de que el donante o promitente se vea imposibilitado de cumplir su promesa en razón de la reivindicación que frente a él, y no frente al donatario, produzca un tercero.

Mas, en el supuesto contemplado, es decir, impedimento de la efectividad de la promesa por una reivindicación, obra de un tercero, de la que es sujeto pasivo el promitente, no hay, hablando rigurosamente, auténtica evicción. Lo único que puede producirse es una impasibilidad sobrevenida del cumplimiento de la promesa, la cual deberá encontrar su regulación de acuerdo con los principios generales.

En el supuesto de buena fe del promitente, la imposibilidad sobrevenida es fortuita y debe entenderse que aquél queda liberado. Con independencia de la buena o de la mala fe, cabe discutir si, en virtud de la promesa, el promitente se ha constituido en deudor y está en todo caso obligado al *id quod interest* o si la gratuidad de la promesa es siempre relevante y no hay por ello obligación de pago del equivalente pecuniario. A nuestro juicio, la especial responsabilidad a que el Código somete al promitente sólo encuentra explicación como un puro residuo histórico, que ha subsistido no obstante las profundas transformaciones del Derecho de Obligaciones. La responsabilidad para el promitente procede del sistema jurídico romano, en la cual la promesa funcionaba como estipulación, con abstracción de su causa. El estipulante se constituye en deudor y queda obligado al equivalente pecuniario de la prestación. Este sistema no parece no ser ya admisible en nuestro derecho actual, en el cual una promesa desvinculada de su causa no obliga al promitente, cuya vinculación depende del fundamento causal y, por tanto, de su carácter liberal o gratuito en el supuesto que nos ocupa. Por ello, entendemos que si el promitente de capital para el marido, cuando su promesa recae sobre bienes concretos y determinados, se ve imposibilitado para cumplirla, por haber sido vencido en juicio por un tercero, no está obligado a proporcionar al marido el equivalente pecuniario de la promesa.

Puede, sin embargo, discutirse, si asume o no responsabilidad por los daños y perjuicios. Es claro que aquí estos daños y perjuicios no son los mismos que en el supuesto genuino de la evicción en caso de dación o transmisión, pues no existen desembolsos hechos sobre la confianza de ser ya adquirente. Sin embargo, la confianza suscitada por la promesa de llegar a ser en el futuro propietario de los bienes, puede producir daños al

beneficiario, como puede ser el hecho mismo de contraer el matrimonio en unas condiciones económicas o la forma de gestionar la economía familiar. Si se produjeran tales daños y el promitente fuera de mala fe, deberá resarcirlos. La evicción en caso de fraude por la promesa de capital del marido es, pues, únicamente este deber indemnizatorio.

La mala fe y el fraude no exigen voluntariedad en el daño, ni que éste haya sido intencionalmente perseguido, sino solamente conocimiento de la causa productora de la evicción y, por tanto, de la eventualidad de ese daño o peligro.

LUIS DíEZ PíCAZO

Los establecimientos benéficos y su exención del impuesto sobre transmisiones patrimoniales

SUMARIO: 1. La interpretación en materia tributaria.—2. Referencia a la legislación civil de beneficencia.—3. La beneficencia y el impuesto de derechos reales: legislación anterior y vigente; beneficencia general, particular y de la Iglesia; el requisito de la clasificación oficial.—4. Carácter gratuito del cargo de patrono o representante legal: la Circular 2/1965 y la prueba de este requisito.—5. Referencia al valor de las circulares administrativas en materia tributaria.—6. El problema en las Cajas de Ahorro Popular: el artículo 5.º de sus Estatutos; quiénes son sus verdaderos representantes legales; el director-gerente y el patrono-gerente.—7. Las Cajas provinciales y municipales.

LA INTERPRETACION EN MATERIA TRIBUTARIA

Dice LARRAZ (1) que «es insufrible la incertidumbre jurídica que existe cuando la aplicación de la ley se hace con métodos contradictorios». Estas palabras nos han recordado aquellas otras de VON KIRCHMANN (2), de que no puede la jurisprudencia quejarse de que no se pregunte cuál sea, según ella, la verdad, siendo así que se trata de una verdad que, tras larga espera muchas veces, se construye artificialmente sobre la base de cien libros, sin garantizar siquiera que sobrevivirá a la segunda instancia en el mismo asunto. La afirmación del primero es la consecuencia a que le conduce su clara visión histórica, doctrinal y particularmente jurisprudencial sobre la utilización de los métodos que podríamos llamar convencionales en la interpretación de la norma jurídica: literalismo y cri-

(1) JOSÉ LARRAZ, *Metodología aplicativa del Derecho tributario*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pág. 49.

(2) JULIUS H. VON KIRCHMANN, *La Jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 75.

ticismo. Las consideraciones del segundo autor son el resultado de un íntimo convencimiento: la escasa aportación de la Jurisprudencia para conseguir la realización de su objeto: el Derecho. Tanto en uno como en otro caso, estamos ante palabras que pudieran ser desconsoladoras para cualquier jurista, pero que, tomadas en lo que encierran de positivo, nos enfrentan, sin rodeos, con la realidad del difícil problema de la interpretación del Derecho.

Por razones obvias, la dificultad se acentúa cuando la norma a interpretar es de naturaleza tributaria. Hasta la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963—artículos 23 a 25 (3)—, carecía nuestro ordenamiento jurídico de reglas de interpretación en materia tributaria, no existiendo otras que las dedicadas por el Código civil a la interpretación de los contratos. Y si bien en la parcela tributaria los principios generales del Derecho son fundamentales en materia de interpretación (4), hay otros factores que desempeñan un papel importante, como son la justicia de los tributos y el principio de capacidad económica. En la actualidad—aparte posiciones demasiado aisladas, como la llamada «interpretación funcional», propugnada por la Escuela de Pavía, que atiende a la causa de la imposición y a la función de los tributos—, la doctrina más avanzada rechaza, por ejemplo, las ideas de interpretación restrictiva, o, por mejor decir, estricta (5) e interpretación extensiva y sienta como afirmaciones de las que ha de partirse: que la interpretación debe abarcar tanto la letra como el espíritu de la norma y que la interpretación es siempre, y por definición, meramente declarativa del sentido y alcance de la norma.

El Tribunal Supremo que no ha seguido, por supuesto, un criterio fijo en orden a la interpretación de las normas tributarias, apoyado en el carácter «odioso» de las mismas—hoy doctrinalmente superado y rechazado—, se ha inclinado, en general, hacia la interpretación literal y estricta, particularmente en materia de exenciones (6), si bien en alguna sentencia, como la de 22 de febrero de 1965, parece iniciar una orientación nueva, y el Tribunal Económico-Administrativo Central en la Resolución de 17 de diciembre de 1963, también, aludiendo a la moral, la equidad y la buena fe, con lo cual acepta la importancia de los principios gene-

(3) Puede verse un estudio de los mismos en el trabajo de NARCISO AMORÓS sobre «Interpretación de las normas tributarias», en *Rev. de Derecho Privado*, mayo de 1966, págs. 443 y sigs.

(4) MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Ordenamiento tributario español*, Tecnos, 2.ª edición, Madrid, 1970, págs. 126 y sigs.

(5) En este sentido, LARRAZ, *obra citada*, págs. 14, 36, 41, etc.

(6) GARCÍA AÑOVEROS en «La interpretación de las leyes tributarias y los organismos autónomos ante el impuesto», *Revista de Derecho Financiero*, núm. 39, páginas 701 y sigs.

rales del Derecho como criterios interpretativos en materia tributaria. De todos modos, esta apertura del Tribunal Supremo hacia la interpretación meramente declarativa, no puede decirse que esté definitivamente consolidada.

En el presente modesto trabajo vamos a intentar ocuparnos de los problemas de interpretación suscitados por una norma tributaria de frecuente aplicación, aunque ciertamente poco estudiada; sin que pretendamos agotar ni los problemas ni su estudio, pues nuestra pretensión es limitada.

REFERENCIA A LA LEGISLACION CIVIL DE BENEFICENCIA

Son instituciones de beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales. Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorro y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías (art. 2.º del Decreto de 14 de marzo de 1899), y todos ellos pueden clasificarse en públicos y particulares. Los establecimientos públicos o la beneficencia pública en sí, pueden ser generales, provinciales y municipales. La regla general es el carácter público (art. 1.º de la Ley de 20 de junio de 1894), si bien se exceptúan únicamente y se consideran como particulares, si cumpliesen con el objeto de su fundación, los que se costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, cuya dirección y administración esté confiada a Corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto o a patronos designados por el fundador, o más precisamente, como dice el artículo 4.º del Decreto de 14 de marzo de 1899, la beneficencia particular comprende las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los respectivos fundadores o en nombre de éstos, y confiados en igual forma a Corporaciones, Autoridades o personas determinadas, si bien no pierden su carácter particular por recibir alguna subvención del Estado, Provincia o Municipio, siempre que aquélla fuere voluntaria y no indispensable para su subsistencia, como aclara el artículo 5.º.

Hemos hecho esta referencia (7) porque la consideramos indispensable en orden a la fijación del posible sujeto pasivo del impuesto y habida

(7) Más detalladamente puede verse en el libro de RAMÓN BADENES GASSET, *Legislación de beneficencia particular*, Bosch, Barcelona, 1961.

cuenta de la distinción que, como veremos, hace el legislador fiscal. Pero interesa destacar en seguida, como señala BUENAVENTURA CAMY (8), que sólo tienen personalidad jurídica las fundaciones benéficas o benéfico-docentes que tengan el carácter de particulares, pues los establecimientos de beneficencia pública son, en principio, un servicio más del Estado, la Provincia o el Municipio de que dependan, carentes de personalidad independiente de esos entes públicos salvo en determinadas circunstancias, como es el caso de que se constituyan legalmente como organismos autónomos del Estado, en cuyo caso se registrarán por las normas que regulan el Patrimonio del Estado o las referentes a los organismos autónomos o se les hubiere concedido personalidad independiente del Municipio o Diputación, en cuyo caso habrá que estar a lo que dispongan los Estatutos y Reglamentos.

LA BENEFICENCIA Y EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES: LEGISLACION ANTERIOR Y VIGENTE; BENEFICENCIA GENERAL, PARTICULAR Y DE LA IGLESIA; EL REQUISITO DE LA CLASIFICACION OFICIAL

El régimen tributario de los establecimientos benéficos, por lo que al tradicional impuesto de derechos reales se refiere, ha cambiado sensiblemente con la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 respecto de lo establecido en la última Ley de 21 de marzo de 1958 y su Reglamento de 15 de enero de 1959, este último, como es sabido, aún vigente según la Disposición Transitoria Sexta del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, en las materias de que trata y en cuanto no se oponga a dicho Texto.

El artículo 6.º del citado Reglamento estableció en el número 3.º de su apartado B), que estarán exentos los actos y contratos en que la obligación de satisfacer el impuesto recaiga sobre los establecimientos de beneficencia o de instrucción públicos sostenidos con fondos del Estado, la Iglesia o Corporaciones Locales. A su vez, el artículo 28-1 del mismo texto legal dispuso que las adquisiciones que a título oneroso o lucrativo realicen los establecimientos de beneficencia y los de instrucción de carácter privado o fundación particular, devengarán el 0,50 por 100, salvo el caso de que por la naturaleza del acto en sí le corresponda otro tipo inferior de tributación, norma reiterada en la Resolución de 25 de marzo de 1958. Esta salvedad, contenida ya en el artículo 28-2 del Reglamento de 1947—que estableció para la beneficencia particular el tipo especial

(8) En sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. II, pág. 425, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Granada, 1970.

de favor del 2,40 por 100—, se justifica—y se justificaba ya entonces, a juicio de JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL (9)—porque con ello se evita el posible absurdo de concederles un privilegio que, en la práctica, se convertiría en perjudicial. En cualquier caso, para el goce del tipo benéfico por los establecimientos de beneficencia o instrucción de carácter privado era necesario

— la previa calificación de tales por el poder público (Sentencia de 2 de julio de 1919 y Resolución de 5 de marzo de 1957) (10),

— correspondiendo dicha declaración a los organismos ministeriales (Resolución de 15 de julio de 1941),

— siendo necesario presentar en la oficina liquidadora correspondiente el traslado de la Orden ministerial de clasificación (Resolución de 29 de mayo de 1951).

La calificación como tal de establecimiento de beneficencia *particular* es requisito previo también, como puede fácilmente deducirse, para conceder en la actualidad la exención—sobre lo cual insistiremos más adelante—, si bien la presentación del traslado de la Orden ministerial de calificación puede suplirse, a nuestro juicio, y así se viene haciendo habitualmente en la práctica, consignando en la escritura los datos de la respectiva resolución que el Notario habrá tomado de los documentos originales que se le exhiban, quedando dichos datos bajo la fe pública notarial; solución que *mutatis mutandi* es aplicable también a los documentos judiciales. No obstante, si, excepcionalmente, el documento presentado no fuese público, será inexcusable acompañar dicho traslado.

Los establecimientos de beneficencia e instrucción *pública* no necesitan, en cambio, declaración oficial de clasificación, ya que, por constituir un servicio de las Corporaciones oficiales, como antes decíamos, tienen su garantía en las normas a que el Estado, Diputación y Ayuntamiento han de ajustarse (Resolución de 16 de mayo de 1944).

El artículo 65-1-1.º-c) del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 establece que están exentas las transmisiones patrimoniales *inter vivos* en las que la obligación de satisfacer el impuesto recaiga sobre los establecimientos de beneficencia o de educación sostenidos con fondos del Estado, la Iglesia o Corporaciones locales; los de beneficencia particular, cuando los cargos de patronos o representantes legales de los mismos sean

(9) *Legislación del impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes*, 2.ª edición, pág. 236, Madrid, 1948.

(10) Un resumen de los trámites a que han de ajustarse los expedientes de clasificación puede verse en el trabajo de JOAQUÍN MADRUGA MÉNDEZ, «Fundaciones benéfico-particulares y docentes», en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, 1967, págs. 33 y sigs., separata.

gratuitos. El artículo 19-1-8.º (11) declara igualmente exentas del impuesto de sucesiones, entre otras, las adquisiciones cuando tengan lugar por herencia o legado en favor de establecimientos benéficos. Y el artículo 101-1, por fin, la de los actos jurídicos documentados cuando el sujeto obligado al pago sea cualquiera de las personas a que se refiere el número 1.º del apartado 1 del artículo 65.

Es de observar que en el vigente artículo 65 del Texto Refundido no se contrapone ya la beneficencia pública a la particular, a diferencia de lo que se hace en el Reglamento de 1959; por el contrario, se atiende exclusivamente, respecto de la primera o beneficencia general a la naturaleza pública—Estado, Provincia, Municipio—o privilegiadamente eclesiástica, por razones históricas y concordatarias, de sus fuentes de financiación. Con ello se evita calificar de pública la beneficencia ejercida por la Iglesia o los entes eclesiásticos, que indudablemente no lo es, y, desde el punto de vista del impuesto, la redacción se hace más técnica y más acorde con el criterio, ya indicado, del Tribunal Económico-Administrativo Central de no exigir a la beneficencia pública declaración oficial de clasificación. Sin embargo, la declaración de exención parece claro que no debe hacerse si no se aporta la prueba de que el establecimiento se sostiene *íntegramente* con cargo a los presupuestos de la Corporación y no sólo con una subvención de la misma o de cualquier otro ente público. Referida a la legislación anterior, ésta era la opinión de don FEDERICO BAS Y RIVAS (12). Dicha prueba puede consistir en una certificación expedida por el propio establecimiento benéfico, si tiene personalidad jurídica independiente, o por el ente público que lo sostiene, en caso contrario, pues es de los presupuestos y cuentas del mismo de donde debe resultar responsablemente el íntegro sostenimiento de aquél, ya que, aunque reciba alguna subvención de otra procedencia, pública o privada, no indispensable para su subsistencia, habrá de canalizarse a través del respectivo ente público.

Tratándose de establecimientos benéficos *sostenidos con fondos de la Iglesia*, creemos que debe acompañarse el traslado de la Orden ministerial de clasificación, o suplirse del modo que antes veíamos, pues, como acabamos de decir, a nuestro juicio, la beneficencia ejercida por la Iglesia es privada o especial, pero no pública. Y nos referimos, claro está, a la beneficencia ejercida inmediata y directamente por la Iglesia y no al caso del establecimiento benéfico servido por un ente eclesiástico, tan frecuente en nuestro país, tanto si aquél es de naturaleza pública o particular. En este sentido, la Resolución de 14 de junio de 1960 distingue netamente

(11) Nueva redacción del Decreto de 27 de mayo de 1968.

(12) *Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes*, Ed. Revista de Derecho Privado, 2.ª edición, vol. I, pág. 196, Madrid, 1960.

entre un asilo y la congregación que lo regenta como entidades separadas e independientes y aunque la congregación esté reconocida como establecimiento de beneficencia, el asilo no puede gozar del beneficio fiscal si no ha sido clasificado previamente. Y la de 8 de febrero de 1963 considera que no hay interposición de personas existiendo unidad entre una comunidad religiosa y una asociación benéfica particular, lo cual es otra manera de confirmar el mismo criterio. En todo caso, entendemos con BAS Y RIVAS (13) que, al menos, es necesario un certificado del Ordinario de la Diócesis.

CARACTER GRATUITO DEL CARGO DE PATRONO O REPRESENTANTE LEGAL: LA CIRCULAR 2/1965 Y LA PRUEBA DE ESTE REQUISITO

La exención para los establecimientos de beneficencia e instrucción de carácter público—establecida por el artículo 1.º de la Ley de 20 de julio de 1955—, figura ya en el Reglamento de 1959 (14), como hemos visto, pero no para la beneficencia particular, lo cual es una novedad de la Ley de Reforma Tributaria de 1964. Antecedente inmediato del artículo 65-1-1.º-c) del vigente Texto Refundido es el apartado 3) del artículo 28 del Reglamento de 1959, que ordena un régimen discriminatorio entre los establecimientos ya existentes y los que en lo sucesivo se crearan, pues, para conceder a estos últimos el tipo de favor, dispuso que «será indispensable la gratuidad absoluta de los cargos de patronos o representantes legítimos de los mismos».

El carácter gratuito de los cargos de patronos o representantes legítimos de los establecimientos de beneficencia particular es, pues, hoy el requisito exigido a estos entes jurídicos para concederles la exención del impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Y hemos de confesar, con absoluta sinceridad, al llegar a este punto de nuestra modesta, pero leal exposición, que esta exigencia del Texto Refundido nos ha hecho meditar lo suficiente como para ir desde la claridad hasta la perplejidad e incluso la contradicción. Y, desde luego, para tratar de encontrar un criterio de interpretación en el que se coordinen tanto la letra como el espíritu del precepto teniendo en cuenta los distintos factores y elementos

(13) Obra y páginas citadas.

(14) En el R. I. D. R. de 1947 no figuraba, en cambio, tributando las adquisiciones onerosas de la beneficencia pública al tipo del 0,25 por 100 y las lucrativas por los tipos de las herencias, incluyéndose las donaciones (art. 28). En el actual T. R. se distingue entre adquisiciones *inter vivos* y adquisiciones por herencia y legado, otorgándose la exención a estas últimas no expresamente, sino por vía de remisión (art. 19-1-8.º).

susceptibles de ser tomados en consideración no menos que el alcance que deba darse a cada uno de ellos. Pensamos que el texto legal debe ser tomado con el mayor de los respetos, y es misión del intérprete, en general, y muy particularmente de los órganos encargados de decidir su alcance, no desdeñar ninguno de sus términos ni renunciar a darle cumplimiento. Trataremos de explicar el porqué de estas consideraciones.

En principio, no parece justificada una diferencia de trato entre ambas clases de beneficencia, pues si la razón de ser de la exención—o antes, del tipo de favor—es la naturaleza de la actividad, su carácter benéfico, debiera ser indiferente que el ejercicio de esa actividad tenga por sujeto activo una persona jurídica o un ente público como privado. Sin embargo, esa diferencia de trato se ha venido manteniendo hasta la legalidad vigente que concede exención también a la beneficencia particular, condicionándola, eso sí, al caso de que los cargos de patronos o representantes legales sean gratuitos. Pero ocurre que, a nuestro modo de ver, según la legislación civil sobre la materia, estos cargos son siempre gratuitos, ya que, si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1911, al afirmar que cuando el fundador declara gratuitos los cargos de la Junta de Patronazgo carecen éstos de derecho a retribución, pudiera llevarnos a la conclusión de que pueden ser retribuidos, la Real Orden de 10 de septiembre de 1914 resolvió tajantemente que el cargo de patrono de las instituciones de beneficencia particular es siempre de confianza y honorífico y que cualquiera detracción autorizada se entenderá para gastos de administración y no como derecho fijo y permanente de la persona o entidad que administre; el mismo carácter honorífico tienen las personas o entidades que suplen o sustituyen a los patronos y las Juntas de Beneficencia cuando se les confía la administración de fundaciones por vacante o porque al crearse les fueran directamente encomendadas. Es cierto que los patronos pueden percibir el llamado premio de patronazgo o de administración con cargo a los ingresos de la fundación, pero que no es una retribución fija se deduce de la citada disposición al estimarlo sujeto a la resolución del Protectorado que puede disminuirlo o señalar la cuantía para cada caso, sin exceder nunca del 10 por 100 de las rentas de la fundación. Únicamente las Juntas Provinciales de Beneficencia tienen derecho, en todo caso, a la llamada tasa por examen de cuentas que se percibe de conformidad con el artículo 109 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899 y Decreto de la Presidencia del Gobierno de 10 de marzo de 1960. Concretamente, respecto de las Cajas de Ahorro—instituciones benéfico-sociales a las que nos referiremos separadamente más adelante—el artículo 2.º de su Estatuto, aprobado por Decreto de 14 de marzo de 1933, nos dice que están regidas por Juntas o Consejos «de actuación gratuita».

No se nos ocurre pensar que el legislador fiscal olvidara el carácter civilmente gratuito del cargo de patrono de la beneficencia particular, pues esto equivaldría a condicionar la exención al cumplimiento de un evento previamente existente y, por consiguiente, a tener la condición por no puesta. Tampoco pensamos que quisiera limitar la exención exclusivamente a los establecimientos cuyos patronos no perciben premio de administración o patronazgo. Por el contrario, creemos que el legislador fiscal ha contado con la posible existencia de aquel premio y de patronos que no lo perciben y que, independientemente de ello, reclama, en cualquier caso, la gratuidad del cargo, o sea, su no retribución. Aunque también pensamos que es tan fácil encubrir la retribución, en el supuesto de que realmente se dé, como difícil la misión de los liquidadores para obtener datos ciertos de que la condición de la exención se cumple. Difícil, pero no imposible. Veamos.

Ante todo, hemos de observar que el antecedente reglamentario es más enérgico que el texto vigente. Aquél, para conceder el tipo de favor, exigía la gratuidad «absoluta» de los cargos de patronos o representantes legales, gratuidad que, además, es estimada «indispensable» para lograr el beneficio fiscal. La Ley de Reforma Tributaria y el Texto Refundido, en cambio, se limitan a declarar que aquellos cargos han de ser «gratuitos». No obstante, el rigor interpretativo aparece en seguida en la Circular del Ministerio de Hacienda número 2 de 4 de mayo de 1965 (15). En esta Circular, en relación con el artículo 146-1.º-c) de la Ley de Reforma Tributaria—equivalente del artículo 65-1-1.º-c) del Texto Refundido—, se dice:

— Gratuidad de los cargos:

El precepto legal es tajante y la gratuidad exige que lo sea con carácter absoluto, sin que quepa, al socaire de gastos de representación u otros conceptos análogos, encubrir la remuneración de los cargos.

— Cajas de Ahorro:

Están comprendidas entre las instituciones de beneficencia y, por ello, supeditadas al goce de la exención a que los cargos de patronos y representantes legítimos sean gratuitos.

— Patronato ejercido por personas jurídicas:

No impide que se aplique la exención. Sólo se requiere sea gratuito.

(15) Dictada en aclaración a consultas planteadas en relación con la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 y publicada en el *Boletín del Ministerio de Hacienda* núm. 39, de 25 de mayo de 1965.

Si tratamos de colocar en adecuada relación el precepto del Texto Refundido con el contenido de la Circular, resulta claramente, a nuestro juicio al menos, que lo que se reclama es algo más que una simple declaración formal del carácter gratuito con que los patronos o representantes legales deben ejercer sus cargos. O lo que es lo mismo: que la gratuidad exigida por el Texto Refundido y la Circular para que la beneficencia particular pueda gozar de la exención no es la meramente estatutaria.

El espíritu de la Circular parece claro: limitar la exención, con exclusividad, al caso en que el cargo de patrono esté despojado de todo tipo de retribución. El ejercicio de su función representativa no debe reportar al patrono ninguna clase de ventajas derivadas del mismo, al menos de índole económica. La letra de la Circular, en cambio, no es, a nuestro modo de entender, la más idónea para servir a la finalidad pretendida. No creemos que deba entenderse, abusando del literalismo al uso que suele ser pauta en materia interpretativa de exenciones, que baste la consignación en los presupuestos de cantidades con destino a gastos de administración, premio de patronazgo, representación u otros análogos. Si el cargo ha de ser gratuito, estas consignaciones, por sí solas, no lo hacen retribuido, a no ser que se acredite que las cantidades consignadas se han percibido efectivamente y en todo caso por los patronos con independencia del ejercicio o no de su actividad representativa. En este sentido, la consignación de cantidades fijas o de porcentajes precisos en relación con las rentas o beneficios de la entidad, pueden ser un indicio de retribución, pero no una prueba definitiva. Razón por la cual, nosotros creemos que la gratuidad exigida para gozar de la exención ha de entenderse como un concepto dinámico: gratuidad no meramente formal, sino de ejercicio, y comprobable, por tanto, sólo *a posteriori*, habida cuenta de las especiales circunstancias de estas instituciones y la dificultad, pero también la necesidad de distinguir netamente el tándem gasto-retribución. No se nos oculta que estamos ante un supuesto de hecho donde es fácil el *fraus legis*—recordemos que la Circular comentada admite la posibilidad de que se pueda «encubrir la remuneración»—, con lo cual simplemente afirmamos una realidad y no pretendemos prejuzgar la ocultación misma; pero es evidente que, si el liquidador ha de atender al texto del artículo 65 y a la doctrina interpretativa que, con carácter general, formula la repetida Circular, la exención no puede reconocerse sólo a la vista de la declaración estatutaria de gratuidad. En realidad, dicha declaración ha de suponerse y ni siquiera es preciso que se formule, pues el carácter «de confianza y honorífico» del cargo de patrono de la beneficencia particular, además de suponerlo la Instrucción de 14 de marzo de 1899, que sólo admite los premios de patronazgo y administración,

beneficiario, como puede ser el hecho mismo de contraer el matrimonio en unas condiciones económicas o la forma de gestionar la economía familiar. Si se produjeran tales daños y el promitente fuera de mala fe, deberá resarcirlos. La evicción en caso de fraude por la promesa de capital del marido es, pues, únicamente este deber indemnizatorio.

La mala fe y el fraude no exigen voluntariedad en el daño, ni que éste haya sido intencionalmente perseguido, sino solamente conocimiento de la causa productora de la evicción y, por tanto, de la eventualidad de ese daño o peligro.

LUIS DíEZ PICAZO

ticismo. Las consideraciones del segundo autor son el resultado de un íntimo convencimiento: la escasa aportación de la Jurisprudencia para conseguir la realización de su objeto: el Derecho. Tanto en uno como en otro caso, estamos ante palabras que pudieran ser desconsoladoras para cualquier jurista, pero que, tomadas en lo que encierran de positivo, nos enfrentan, sin rodeos, con la realidad del difícil problema de la interpretación del Derecho.

Por razones obvias, la dificultad se acentúa cuando la norma a interpretar es de naturaleza tributaria. Hasta la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963—artículos 23 a 25 (3)—, carecía nuestro ordenamiento jurídico de reglas de interpretación en materia tributaria, no existiendo otras que las dedicadas por el Código civil a la interpretación de los contratos. Y si bien en la parcela tributaria los principios generales del Derecho son fundamentales en materia de interpretación (4), hay otros factores que desempeñan un papel importante, como son la justicia de los tributos y el principio de capacidad económica. En la actualidad—aparte posiciones demasiado aisladas, como la llamada «interpretación funcional», propugnada por la Escuela de Pavía, que atiende a la causa de la imposición y a la función de los tributos—, la doctrina más avanzada rechaza, por ejemplo, las ideas de interpretación restrictiva, o, por mejor decir, estricta (5) e interpretación extensiva y sienta como afirmaciones de las que ha de partirse: que la interpretación debe abarcar tanto la letra como el espíritu de la norma y que la interpretación es siempre, y por definición, meramente declarativa del sentido y alcance de la norma.

El Tribunal Supremo que no ha seguido, por supuesto, un criterio fijo en orden a la interpretación de las normas tributarias, apoyado en el carácter «odioso» de las mismas—hoy doctrinalmente superado y rechazado—, se ha inclinado, en general, hacia la interpretación literal y estricta, particularmente en materia de exenciones (6), si bien en alguna sentencia, como la de 22 de febrero de 1965, parece iniciar una orientación nueva, y el Tribunal Económico-Administrativo Central en la Resolución de 17 de diciembre de 1963, también, aludiendo a la moral, la equidad y la buena fe, con lo cual acepta la importancia de los principios gene-

(3) Puede verse un estudio de los mismos en el trabajo de NARCISO AMORÓS sobre «Interpretación de las normas tributarias», en *Rev. de Derecho Privado*, mayo de 1966, págs. 443 y sigs.

(4) MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Ordenamiento tributario español*, Tecnos, 2.ª edición, Madrid, 1970, págs. 126 y sigs.

(5) En este sentido, LARRAZ, *obra citada*, págs. 14, 36, 41, etc.

(6) GARCÍA AÑOVEROS en «La interpretación de las leyes tributarias y los organismos autónomos ante el impuesto», *Revista de Derecho Financiero*, núm. 39, páginas 701 y sigs.

por consiguiente, las posibles consecuencias que tuviera para él la sobrevenida desaparición de tal capital.

LA EVICCIÓN PREVISTA EN EL ARTICULO 1.397 DEL CODIGO CIVIL: SU ALCANCE Y CONTENIDO

Como es bien sabido, el término evicción posee en nuestras leyes civiles un característico significado técnico. La evicción tiene lugar—podemos decir, ampliando un poco los términos del artículo 1.475—cuando el adquirente se ve privado de todo o de parte de la cosa adquirida por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la adquisición. En tal supuesto, tiene derecho a exigir el transmitente el valor de la cosa al tiempo de la evicción, los frutos o rendimientos, si hubiese sido condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio, los gastos de los pleitos y los del contrato si los hubiese pagado él, así como los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo hechos en la cosa, esto último si el transmitente era de mala fe.

En puridad, la obligación de saneamiento por evicción o la responsabilidad por evicción, contemplada en términos generales, y en la regulación de que ella hacen los artículos 1.475 y siguientes del Código civil, presenta dos planos diversos: el primero es lo que el artículo 1.478 llama la «restitución del precio»; el segundo, en cambio, es el que concierne a las demás secuelas (frutos, costas, gastos, daños, etc.).

La primera partida que compone la obligación de saneamiento (restitución del precio) parece estar fundada en el carácter sinalagmático del contrato origen de la transmisión, y es, en definitiva, una aplicación del principio de la *condictio causa data causa non secuta*. Si un comprador pierde la cosa comprada o se ve privado de ella en virtud de una causa anterior a la compra, pierde su razón de ser la atribución que él hizo del precio y el precio le debe ser devuelto. Esta construcción tropieza, sin embargo, con el hecho de que el objeto de la restitución, según el artículo 1.478, 1.º, no es el precio efectivamente pagado como precio contractual, sino lo que el Código llama «precio que tuviera la cosa vendida al tiempo de la evicción», que puede ser, según el propio precepto aclara, «mayor o menor que el de la venta», por lo cual, en puridad, no se refiere al precio en sentido estricto, sino al valor de la cosa. Aun con esta matización, que traslada el riesgo del aumento de valor al transmitente, puede, sin embargo, admitirse la idea de que la obligación fundamental en la evicción es restitutoria y se funda en el equilibrio de las prestaciones.

Los restantes apartados del artículo 1.475, lejos de suponer una restitución en función de una causa sinalagmática no cumplida, tiene su raíz

emisión de las promesas, sin entrega efectiva de los bienes, ni, por tanto, traslación de la propiedad y aplazamiento de este hecho para un momento posterior, no se ve claro de qué modo puede producirse una evicción, pues el beneficiario de la promesa, que aún no ha recibido nada, no puede ser vencido en juicio por un tercero.

En rigor, la única posibilidad que existe es la de que el donante o promitente se vea imposibilitado de cumplir su promesa en razón de la reivindicación que frente a él, y no frente al donatario, produzca un tercero.

Mas, en el supuesto contemplado, es decir, impedimento de la efectividad de la promesa por una reivindicación, obra de un tercero, de la que es sujeto pasivo el promitente, no hay, hablando rigurosamente, auténtica evicción. Lo único que puede producirse es una imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la promesa, la cual deberá encontrar su regulación de acuerdo con los principios generales.

En el supuesto de buena fe del promitente, la imposibilidad sobrevenida es fortuita y debe entenderse que aquél queda liberado. Con independencia de la buena o de la mala fe, cabe discutir si, en virtud de la promesa, el promitente se ha constituido en deudor y está en todo caso obligado al *id quod interest* o si la gratuidad de la promesa es siempre relevante y no hay por ello obligación de pago del equivalente pecuniario. A nuestro juicio, la especial responsabilidad a que el Código somete al promitente sólo encuentra explicación como un puro residuo histórico, que ha subsistido no obstante las profundas transformaciones del Derecho de Obligaciones. La responsabilidad para el promitente procede del sistema jurídico romano, en la cual la promesa funcionaba como estipulación, con abstracción de su causa. El estipulante se constituye en deudor y queda obligado al equivalente pecuniario de la prestación. Este sistema no parece no ser ya admisible en nuestro derecho actual, en el cual una promesa desvinculada de su causa no obliga al promitente, cuya vinculación depende del fundamento causal y, por tanto, de su carácter liberal o gratuito en el supuesto que nos ocupa. Por ello, entendemos que si el promitente de capital para el marido, cuando su promesa recae sobre bienes concretos y determinados, se ve imposibilitado para cumplirla, por haber sido vencido en juicio por un tercero, no está obligado a proporcionar al marido el equivalente pecuniario de la promesa.

Puede, sin embargo, discutirse, si asume o no responsabilidad por los daños y perjuicios. Es claro que aquí estos daños y perjuicios no son los mismos que en el supuesto genuino de la evicción en caso de dación o transmisión, pues no existen desembolsos hechos sobre la confianza de ser ya adquirente. Sin embargo, la confianza suscitada por la promesa de llegar a ser en el futuro propietario de los bienes, puede producir daños al

entre un asilo y la congregación que lo regenta como entidades separadas e independientes y aunque la congregación esté reconocida como establecimiento de beneficencia, el asilo no puede gozar del beneficio fiscal si no ha sido clasificado previamente. Y la de 8 de febrero de 1963 considera que no hay interposición de personas existiendo unidad entre una comunidad religiosa y una asociación benéfica particular, lo cual es otra manera de confirmar el mismo criterio. En todo caso, entendemos con BAS Y RIVAS (13) que, al menos, es necesario un certificado del Ordinario de la Diócesis.

CARACTER GRATUITO DEL CARGO DE PATRONO O REPRESENTANTE LEGAL: LA CIRCULAR 2/1965 Y LA PRUEBA DE ESTE REQUISITO

La exención para los establecimientos de beneficencia e instrucción de carácter público—establecida por el artículo 1.º de la Ley de 20 de julio de 1955—, figura ya en el Reglamento de 1959 (14), como hemos visto, pero no para la beneficencia particular, lo cual es una novedad de la Ley de Reforma Tributaria de 1964. Antecedente inmediato del artículo 65-1-1.º-c) del vigente Texto Refundido es el apartado 3) del artículo 28 del Reglamento de 1959, que ordena un régimen discriminatorio entre los establecimientos ya existentes y los que en lo sucesivo se crearan, pues, para conceder a estos últimos el tipo de favor, dispuso que «será indispensable la gratuidad absoluta de los cargos de patronos o representantes legítimos de los mismos».

El carácter gratuito de los cargos de patronos o representantes legítimos de los establecimientos de beneficencia particular es, pues, hoy el requisito exigido a estos entes jurídicos para concederles la exención del impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Y hemos de confesar, con absoluta sinceridad, al llegar a este punto de nuestra modesta, pero leal exposición, que esta exigencia del Texto Refundido nos ha hecho meditar lo suficiente como para ir desde la claridad hasta la perplejidad e incluso la contradicción. Y, desde luego, para tratar de encontrar un criterio de interpretación en el que se coordinen tanto la letra como el espíritu del precepto teniendo en cuenta los distintos factores y elementos

(13) Obra y páginas citadas.

(14) En el R. I. D. R. de 1947 no figuraba, en cambio, tributando las adquisiciones onerosas de la beneficencia pública al tipo del 0,25 por 100 y las lucrativas por los tipos de las herencias, incluyéndose las donaciones (art. 28). En el actual T. R. se distingue entre adquisiciones *inter vivos* y adquisiciones por herencia y legado, otorgándose la exención a estas últimas no expresamente, sino por vía de remisión (art. 19-1-8.º).

Si tratamos de colocar en adecuada relación el precepto del Texto Refundido con el contenido de la Circular, resulta claramente, a nuestro juicio al menos, que lo que se reclama es algo más que una simple declaración formal del carácter gratuito con que los patronos o representantes legales deben ejercer sus cargos. O lo que es lo mismo: que la gratuidad exigida por el Texto Refundido y la Circular para que la beneficencia particular pueda gozar de la exención no es la meramente estatutaria.

El espíritu de la Circular parece claro: limitar la exención, con exclusividad, al caso en que el cargo de patrono esté despojado de todo tipo de retribución. El ejercicio de su función representativa no debe reportar al patrono ninguna clase de ventajas derivadas del mismo, al menos de índole económica. La letra de la Circular, en cambio, no es, a nuestro modo de entender, la más idónea para servir a la finalidad pretendida. No creemos que deba entenderse, abusando del literalismo al uso que suele ser pauta en materia interpretativa de exenciones, que baste la consignación en los presupuestos de cantidades con destino a gastos de administración, premio de patronazgo, representación u otros análogos. Si el cargo ha de ser gratuito, estas consignaciones, por sí solas, no lo hacen retribuido, a no ser que se acredite que las cantidades consignadas se han percibido efectivamente y en todo caso por los patronos con independencia del ejercicio o no de su actividad representativa. En este sentido, la consignación de cantidades fijas o de porcentajes precisos en relación con las rentas o beneficios de la entidad, pueden ser un indicio de retribución, pero no una prueba definitiva. Razón por la cual, nosotros creemos que la gratuidad exigida para gozar de la exención ha de entenderse como un concepto dinámico: gratuidad no meramente formal, sino de ejercicio, y comprobable, por tanto, sólo *a posteriori*, habida cuenta de las especiales circunstancias de estas instituciones y la dificultad, pero también la necesidad de distinguir netamente el tándem gasto-retribución. No se nos oculta que estamos ante un supuesto de hecho donde es fácil el *fraus legis*—recordemos que la Circular comentada admite la posibilidad de que se pueda «encubrir la remuneración»—, con lo cual simplemente afirmamos una realidad y no pretendemos prejuzgar la ocultación misma; pero es evidente que, si el liquidador ha de atender al texto del artículo 65 y a la doctrina interpretativa que, con carácter general, formula la repetida Circular, la exención no puede reconocerse sólo a la vista de la declaración estatutaria de gratuidad. En realidad, dicha declaración ha de suponerse y ni siquiera es preciso que se formule, pues el carácter «de confianza y honorífico» del cargo de patrono de la beneficencia particular, además de suponerlo la Instrucción de 14 de marzo de 1899, que sólo admite los premios de patronazgo y administración,

rales del Derecho como criterios interpretativos en materia tributaria. De todos modos, esta apertura del Tribunal Supremo hacia la interpretación meramente declarativa, no puede decirse que esté definitivamente consolidada.

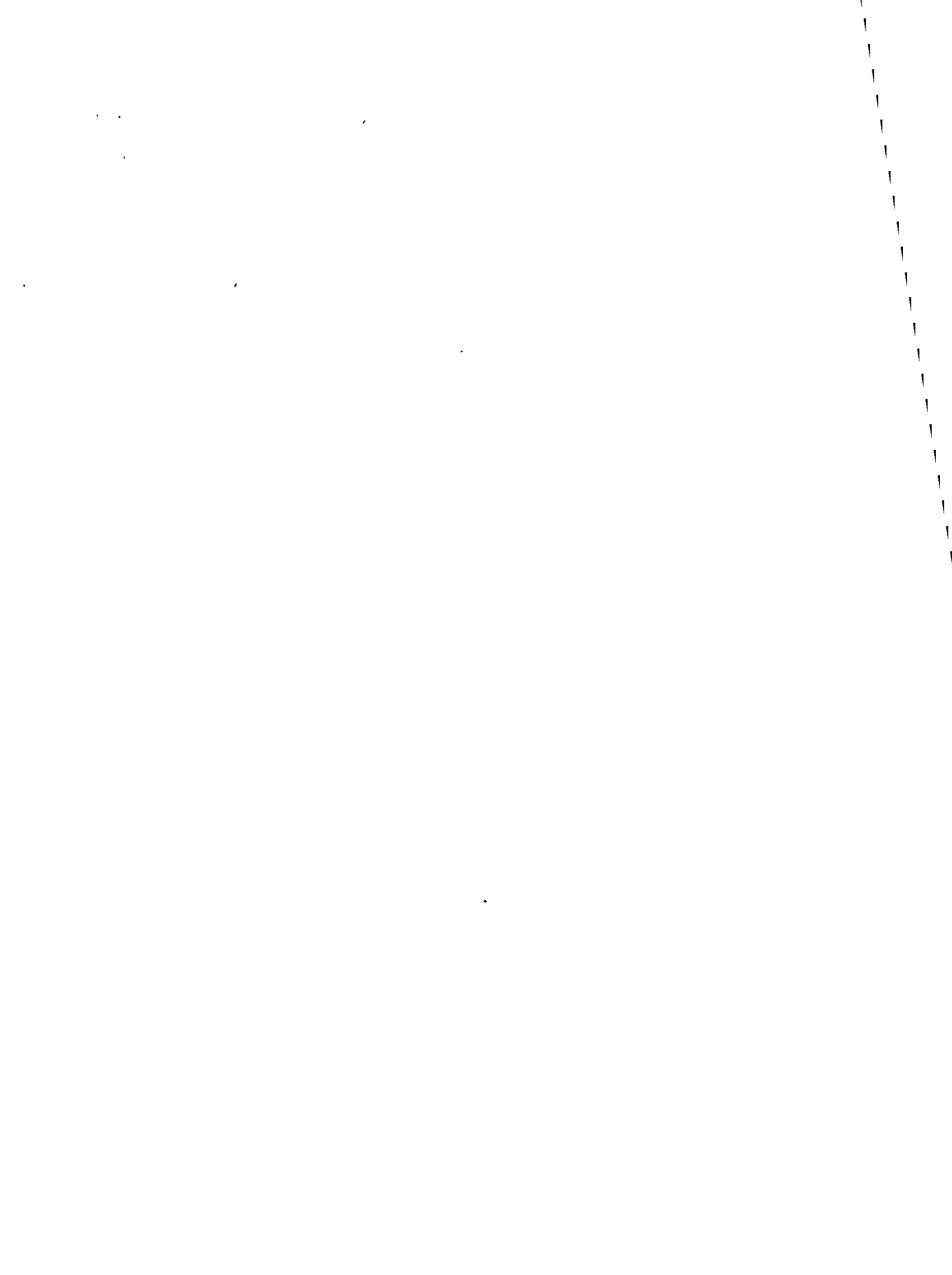
En el presente modesto trabajo vamos a intentar ocuparnos de los problemas de interpretación suscitados por una norma tributaria de frecuente aplicación, aunque ciertamente poco estudiada; sin que pretendamos agotar ni los problemas ni su estudio, pues nuestra pretensión es limitada.

REFERENCIA A LA LEGISLACION CIVIL DE BENEFICENCIA

Son instituciones de beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorro y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías (art. 2.º del Decreto de 14 de marzo de 1899), y todos ellos pueden clasificarse en públicos y particulares. Los establecimientos públicos o la beneficencia pública en sí, pueden ser generales, provinciales y municipales. La regla general es el carácter público (art. 1.º de la Ley de 20 de junio de 1894), si bien se exceptúan únicamente y se consideran como particulares, si cumpliesen con el objeto de su fundación, los que se costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, cuya dirección y administración esté confiada a Corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto o a patronos designados por el fundador, o más precisamente, como dice el artículo 4.º del Decreto de 14 de marzo de 1899, la beneficencia particular comprende las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los respectivos fundadores o en nombre de éstos, y confiados en igual forma a Corporaciones, Autoridades o personas determinadas, si bien no pierden su carácter particular por recibir alguna subvención del Estado, Provincia o Municipio, siempre que aquélla fuere voluntaria y no indispensable para su subsistencia, como aclara el artículo 5.º.

Hemos hecho esta referencia (7) porque la consideramos indispensable en orden a la fijación del posible sujeto pasivo del impuesto y habida

(7) Más detalladamente puede verse en el libro de RAMÓN BADENES GASSET, *Legislación de beneficencia particular*, Bosch, Barcelona, 1961.



gratuitos. El artículo 19-1-8.º (11) declara igualmente exentas del impuesto de sucesiones, entre otras, las adquisiciones cuando tengan lugar por herencia o legado en favor de establecimientos benéficos. Y el artículo 101-1, por fin, la de los actos jurídicos documentados cuando el sujeto obligado al pago sea cualquiera de las personas a que se refiere el número 1.º del apartado 1 del artículo 65.

Es de observar que en el vigente artículo 65 del Texto Refundido no se contrapone ya la beneficencia pública a la particular, a diferencia de lo que se hace en el Reglamento de 1959; por el contrario, se atiende exclusivamente, respecto de la primera o beneficencia general a la naturaleza pública—Estado, Provincia, Municipio—o privilegiadamente eclesiástica, por razones históricas y concordatarias, de sus fuentes de financiación. Con ello se evita calificar de pública la beneficencia ejercida por la Iglesia o los entes eclesiásticos, que indudablemente no lo es, y, desde el punto de vista del impuesto, la redacción se hace más técnica y más acorde con el criterio, ya indicado, del Tribunal Económico-Administrativo Central de no exigir a la beneficencia pública declaración oficial de clasificación. Sin embargo, la declaración de exención parece claro que no debe hacerse si no se aporta la prueba de que el establecimiento se sostiene *íntegramente* con cargo a los presupuestos de la Corporación y no sólo con una subvención de la misma o de cualquier otro ente público. Referida a la legislación anterior, ésta era la opinión de don FEDERICO BAS Y RIVAS (12). Dicha prueba puede consistir en una certificación expedida por el propio establecimiento benéfico, si tiene personalidad jurídica independiente, o por el ente público que lo sostiene, en caso contrario, pues es de los presupuestos y cuentas del mismo de donde debe resultar responsablemente el íntegro sostenimiento de aquél, ya que, aunque reciba alguna subvención de otra procedencia, pública o privada, no indispensable para su subsistencia, habrá de canalizarse a través del respectivo ente público.

Tratándose de establecimientos benéficos *sostenidos con fondos de la Iglesia*, creemos que debe acompañarse el traslado de la Orden ministerial de clasificación, o suplirse del modo que antes veíamos, pues, como acabamos de decir, a nuestro juicio, la beneficencia ejercida por la Iglesia es privada o especial, pero no pública. Y nos referimos, claro está, a la beneficencia ejercida inmediata y directamente por la Iglesia y no al caso del establecimiento benéfico servido por un ente eclesiástico, tan frecuente en nuestro país, tanto si aquél es de naturaleza pública o particular. En este sentido, la Resolución de 14 de junio de 1960 distingue netamente

(11) Nueva redacción del Decreto de 27 de mayo de 1968.

(12) *Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes*, Ed. Revista de Derecho Privado, 2.ª edición, vol. I, pág. 196, Madrid, 1960.

disposición en cuanto a la totalidad de intereses y bienes; el Gerente desempeña las funciones propias de todo Gerente-Factor de cualquier empresa mercantil y, por tanto, se encuentra a la cabeza del personal retribuido que ésta necesita para su propio desenvolvimiento. Esta retribución, sin embargo, no debe ser un obstáculo para conceder la exención del impuesto al establecimiento de beneficencia particular que es la Caja de Ahorros, pues la ley reclama la gratuidad del cargo de patrono o representante legal y el Director Gerente, como acabamos de decir, no lo es. Por esto, nos parece totalmente acertada la doctrina del T. E. A. C., que en sus acuerdos de 3 de julio de 1969 y 20 de mayo de 1970, limita la exigencia del requisito de la gratuidad a quienes está atribuido, según las leyes por las que se rigen tales entidades, la dirección y gobierno de las mismas. Esta doctrina ha sido ratificada por la Sala 3.^a de lo Contencioso del Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de abril de 1972. En este fallo se precisan, de forma irrefutable, los argumentos propiamente jurídicos que permiten tanto eliminar de la naturaleza del cargo de Gerente el dato de la representación como fijar las bases para que un determinado órgano pueda ser calificado de representativo. Frente a la declaración habitual en los Estatutos de estas entidades de que el Director Gerente representa a la personalidad jurídica del Consejo de Administración o de la Junta de Patronos, la sentencia advierte la imprecisión técnica de estos preceptos al aludir a la personalidad del Consejo cuando lo cierto es que no cabe atribuirle personalidad jurídica que sólo la ostenta la entidad moral. Para decidir sobre los órganos representativos, hay que atender al mecanismo de formación de la voluntad colectiva del ente social; sólo el órgano autorizado para tomar acuerdos corporativos puede ser calificado de órgano representativo, criterio que contribuye a proyectar más claridad que ningún otro ante cualquier duda que por la redacción poco precisa de algún precepto estatutario se puede producir y que viene a confirmar lo ya expuesto en el sentido de no poder considerar al Director Gerente como verdadero órgano representativo.

El problema, sin embargo, no se agota con lo dicho. Hemos apuntado más arriba que, con frecuencia, el habilitado para el uso de la firma social o el Director Gerente es uno de los patronos o representantes legales, surgiendo así la figura del *Patrono-Gerente*. Si esta segunda función la desempeña también gratuitamente y así se acredita, la exención podrá ser declarada como en los casos normales. Pero si no es así, nos encontramos ante la duda de si se ha cumplido o no el requisito de la gratuidad, pues el patrono no percibe retribución como tal, pero sí como Gerente. Don FEDERICO BAS Y RIVAS (32), aunque no alega razones, da por su-

(32) *Obra citada*, vol. I, pág. 687.

puesto que no puede hablarse de gratuidad del cargo de patrono cuando se goza de retribución en otros cargos anejos. A nuestro juicio, esto es indudable; y lo es por las mismas razones que justifican la exigencia del requisito de la gratuidad como base del beneficio fiscal: la finalidad fundamentalmente altruista, desinteresada, no lucrativa, del establecimiento que no debe verse comprometida por la gestión personalmente interesada de los que encarnan la representación de la persona jurídica en cualquier puesto en que la sirvan.

Descendiendo al terreno de la práctica, sólo nos resta decir que en el caso del Patrono-Director-Gerente el carácter gratuito de esta segunda función puede acreditarse mediante certificación del miembro de la Junta, autorizado para hacerlo o con el refrendo de su Presidente, pues el Secretario a veces no es patrono, ya que, correspondiendo a la Junta el nombramiento de aquél, debe ser dicho órgano el que se responsabilice de la afirmación de gratuidad.

LAS CAJAS PROVINCIALES Y MUNICIPALES

Creemos que merecen un breve comentario por separado, pues presentan algunas particularidades respecto de las Cajas de Ahorro Popular propiamente dichas.

La Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, texto articulado, considera de la competencia general de los Municipios la actividad dirigida a la consecución, entre otros fines: Cajas de Ahorro y Montes de Piedad (art. 101-i), e igualmente de la competencia general de la Provincia, entre otros servicios: instituciones de crédito popular..., Cajas de Ahorro (art. 243-j). Por su parte, el Estatuto de las Cajas de 1933 limitó el uso de las expresiones Caja General de Ahorros o Monte de Piedad, «Nacional, «Provincial» o «Municipal», según los casos, únicamente a las instituciones de ahorro fundadas por el Estado, por las Diputaciones o por los Ayuntamientos.

Estas Cajas, cuando las crea la Diputación o el Ayuntamiento, suele otorgarles personalidad jurídica, con erario y representación independiente de aquéllos. La dirección, inspección y administración se confía a un Consejo del que ordinariamente es Presidente nato el Presidente de la Diputación o Alcalde respectivo y Vocales un número determinado de Concejales o Diputados, según los casos, e impositores muy cualificados. La representación corresponde al Consejo, así como la aprobación de la memoria, balance y cuentas para someterlos a la sanción del Ministerio Protector. Como las demás Cajas, suelen tener un Director Gerente o Jefe Superior de la dependencia que es, esencialmente, un ejecutor de los

acuerdos del Consejo. Todos los cargos del mismo son honoríficos y gratuitos, gratuidad que no se altera por la asignación de pequeñas cantidades para gastos de desplazamiento y asistencia a las reuniones.

Pues bien: como ya reconoció BAS Y RIVAS (33), este tipo de Cajas induce a confusión porque todas las Cajas de Ahorro están reguladas por el Decreto de 1933, debiendo precisamente a este Decreto el que se las considere como establecimientos de beneficencia social. Frente a los establecimientos de la beneficencia general dotados y sostenidos por la Diputación o el Ayuntamiento, estas Cajas nacen por un acto de dotación de la respectiva Corporación, pero se sostienen por sí mismas; y por sus funciones y sus fines y dentro del ámbito de la Provincia o Municipio, son más Cajas de Ahorro Popular, con las especiales características que hoy tienen todas ellas, que establecimientos de beneficencia propiamente dicha.

Con estos breves antecedentes, podemos decir que, desde el punto de vista del Impuesto de transmisiones, estas Cajas deben ser estimadas como verdaderos establecimientos de beneficencia de carácter particular, es decir, como las demás Cajas ya que con ellas tienen su regulación general en el Decreto de 1933, y, por consiguiente, subordinadas en cuanto al goce de la exención al carácter gratuito de los cargos de representantes legales, sin que sea admisible en ningún caso el subterfugio de desempeñar alguno de los representantes legales otros cargos retribuidos, v. gr. Director Gerente, Asesor Jurídico o de otro tipo, etc.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

Montoro, diciembre de 1972.

(33) *Obra citada*, vol. I, pág. 686.

Las «concordancias» de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil^(*)

Don Florencio Francisco GARCÍA GOYENA Y OROBIA nació en Tafalla de Navarra el 27 de octubre de 1783 (1). Cursó el bachillerato en los Escolapios de Zaragoza, y la carrera de Derecho en Salamanca, donde, muy joven, llegó a desempeñar—ignoro con qué grado o encargo—una cátedra de Digesto. En 1816 fue nombrado Síndico consultor (el artículo dedicado a G. G. por la Enciclopedia de Espasa dice «médico consular») del reino de Navarra: «antiguo Síndico consultor de las Cortes y Diputación permanente de Navarra», se lee en la portada de su arreglo del famoso «Febrero». El cargo, destinado a preparar prueba de cualquier violencia u opresión que los navarros sufrieran por abusos del poder, para plantear el contrafuero, le estaba bien a nuestro autor, que era y fue siempre un liberal. Acaso su residencia en Navarra le libraría de ser molestado durante la primera parte del reinado absoluto de Fernando VII; pero cuando colaboró con los gobiernos de «los tres mal llamados años» como jefe político en las provincias de León y Zaragoza, comenzaron sus penas. Primero ejerció la abogacía en Tarragona y Barcelona, pero perseguido en esta última ciudad por el Capitán General, el atroz Conde de España; hubo de exiliarse y no regresó hasta 1834, meses después de la muerte de Fernando VII.

Al parecer, fue Fiscal de Madrid, y con seguridad, Regente—lo mani-

(*) El presente trabajo aparece como nota preliminar a la edición de las *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, publicada al cuidado del equipo de mi cátedra de Derecho civil, con tablas de correlación directa e inversa con el Código vigente. Edición íntegra: un volumen de XVI + 1086 páginas, Zaragoza, 1974.

(1) Los datos biográficos están tomados en su mayor parte del artículo de MARTIRENA en la enciclopedia Rialp, tomo X, pág. 697.

fiesta en el «Febrero»—de las Audiencias de Valencia y Burgos; después, Ministro en la Audiencia de Madrid y Magistrado del Tribunal Supremo. Magistrado honorario era en 1842; el año siguiente reingresó como Magistrado efectivo y llegó a Presidente de Sala.

Su actividad política de mayor nivel se desarrolla durante la «década moderada». Fue Ministro de Gracia y Justicia en el Ministerio de Pacheco, desde el 7 de marzo al 12 de septiembre de 1847; y habiendo dimitido éste, aceptó presidir él mismo el Consejo, contra su voluntad, y a ruegos de la propia reina, que se lo pidió como señalado servicio al trono. Su Ministerio duró sólo veinticuatro días, al no conseguir G. G. que se pusieran sus componentes de acuerdo sobre la conveniencia de reunir o disolver las Cortes, siendo sustituido por el que formó NARVÁEZ, remedio de fuerza al que se recurría cuando los de grado se demostraban insuficientes. El Gabinete presidido por GARCÍA GOYENA nombró senador a Espartero, y prohibió a la prensa comentar las desavenencias del matrimonio real.

Mucho se ha escrito sobre el carácter de la época y la gente moderada, y pocas veces en tono de elogio. «Se entra—dice Vicente LLORENS—en la era isabelina de la moderación y la mediocridad, de la Guardia civil, los negocios de bolsa y los ferrocarriles con capital extranjero.» Los moderados son, por su propio concepto, pragmáticos sin brillo: son antiguos liberales que han conocido la emigración y también la revolución, y han sabido elegir una vía media. ARANGUREN, un escritor generalmente justo y preciso en sus apreciaciones, devoto de la ética, de la que él mismo ha dado elocuente muestra, dice de ellos que «la falta total de un catolicismo liberal, y la precariedad de un catolicismo a la vez conservador y relativamente moderno—apenas representado más que por BALMES—hicieron imposible que la religión informara de verdad la existencia entera. Por eso encontramos durante esta época moderados que, por supuesto, predicán *políticamente* la alianza del Trono y el Altar, y son, sin embargo, personal, *privadamente*, por completo escépticos; liberales públicamente anticlericales furibundos que, pese a ello, conservan más o menos la fe católica; grandes damas, la reina a la cabeza, sumamente devotas y aun supersticiosas, cuya moral privada en materia sexual no tenía nada que ver con la predicada por el cristianismo, y asimismo caballeros cuya respetable y aun solemne religiosidad aparential se aliaba fácilmente con la corrupción de las *mores* político-financieras». Nada de esto se puede predicar del moderado y liberal GARCÍA GOYENA, quien se ufana de «no tener más condecoraciones ni más cruces que las de cristiano y de casado»; y que al cesar en la presidencia del Gobierno, ante ciertos ataques de la prensa radical, podía contestar en el Senado, sin temor a ser desmentido, que «si alguno sabe que en mi larga

carrera civil he recibido un maravedí más que los sueldos de mis destinos, o un regalo por valor de una *minza* de cebolla, que lo publique y voy a poner mi cabeza en manos del verdugo». Junto a la indudable corrupción de bastantes políticos, tampoco son raros en la política española del siglo pasado hombres como éste, y no en mayor proporción, según creo, en el bando progresista que en el moderado o en el conservador. Acaso su presencia opera en la cosa pública como la de aquellos hombres justos que Lot no pudo encontrar en las ciudades de la Pentápolis.

Medida por su actividad política, la figura de GARCÍA GOYENA hubiera pasado inadvertida para el no especialista—su persona no aparece, por ejemplo, en los *Episodios* de GALDÓS—. Es su faceta de jurista la que le concede un puesto en la Historia, y sobre todo la de codificador. No es un escritor demasiado original, ni de excepcional fuerza de pensamiento: es un buen recopilador, un hombre aplicado e inteligente, que pudo aprovechar su exilio para familiarizarse con algunos libros franceses, y sabe luego leer las obras ajenas más corrientes y reflexionar sobre ellas para sacar conclusiones propias.

Su primera obra de empeño (en colaboración con don Joaquín Aguirre, catedrático de la Universidad de Madrid), la escribe en 1842: es la nueva edición del *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos*, el texto jurídico más popular de la primera mitad del siglo. Los autores introducen en la versión antigua la nueva legislación y anotan con discreción y buen criterio los períodos que les parecen más controvertibles, con cita de autores clásicos españoles, a partir de GREGORIO LÓPEZ, y numerosas llamadas al Derecho romano, que conocían con arreglo a la anticuada doctrina española de su tiempo. La obra tuvo gran éxito, y de todas las ediciones del *Febrero* es ésta, con mucho, la más estimada.

Escribió también GARCÍA GOYENA unos *Prolegómenos de Derecho romano*, resumen de no gran originalidad, y un *Código penal comparado*. Pero su obra fundamental fue la codificación civil, que promovió desde el primer momento y llevó a cabo con una estupenda aportación de trabajo personal.

Los trabajos de la codificación civil en España no toman aspecto política y científicamente serio hasta la creación de la Comisión general de Códigos, por Real Decreto de 19 de agosto de 1843. Los ensayos anteriores eran, en verdad, inmaduros y personales. Es a partir de la mencionada fecha cuando una comisión de 17 juristas—GARCÍA GOYENA entre ellos—, bajo la presidencia de don Manuel CORTINA, se divide en secciones, una de las cuales redacta los libros primero, segundo y parte del tercero de un proyecto de Código civil. Mas estos trabajos habían de ser totalmente revisados y llevados a su fin por una Comisión compuesta de seis vocales que sustituyó a la anterior y fue nombrada por el Real

Decreto de 11 de septiembre de 1846, que la destinaba a redactar los Códigos civil, procesal civil y procesal penal. La paternidad del proyecto de Código civil corresponde sólo a cuatro de los miembros de esta Comisión, a saber, GARCÍA GOYENA, Claudio Antón DE LUZURIAGA, BRAVO MURILLO y SÁNCHEZ PUY. Tan reducido grupo supone una aportación personal considerable de cada uno de los presentes, o bien, como es prácticamente seguro, que fuera GARCÍA GOYENA quien llevara la voz cantante y lo verdaderamente arduo del trabajo, quedando más especialmente para LUZURIAGA (quien intervino también con intensidad en todo el resto, según avisa GARCÍA GOYENA en nota al título XIX) las cuestiones hipotecarias y actuando de corifeos y árbitros BRAVO MURILLO y SÁNCHEZ PUY.

A los cuatro años y medio el proyecto estaba acabado y fue mandado publicar. No voy ahora a hacer su crítica detenida, y sí unas sumarias observaciones. Emplea como guía el Código civil francés. Lo imita, con notable fidelidad, en su sistema y orden de materias (los cambios más notables pueden ser, ya el desplazamiento de la disciplina de la donación o del Registro civil, siquiera dentro del mismo libro; ya la anteposición de las obligaciones convencionales a las extracontractuales). Pero, sobre todo, le sigue en la transcripción literal o casi literal de un buen número de preceptos, y en la clara inspiración de muchos otros que representan, en la mente de la comisión, una mejora sobre el original extranjero: sin ánimo, por supuesto, de realizar ellos, a su vez, obra original.

No es ajeno al proyecto, desde luego, el Derecho patrio: el castellano y, en alguna ocasión, alguna regla de Derecho catalán, aragonés o navarro. Pero el texto de 1851 no es una recopilación del Derecho vigente, aun cuando recoja buena parte de los institutos históricos castellanos, debidamente adobados con especia extranjera, a veces oportuna y otras no. Su falta de inspiración nacional, y—cuando la tiene—su exclusivismo castellanista, constituyen sus dos defectos esenciales que lo mantuvieron siempre, afortunadamente, nonato en la legislación. Otras tachas menores, de las que tampoco se halla libre el Código civil de 1888, son fruto de la época: de unos prejuicios y corrientes de ideas y de un grado muy bajo de técnica en los juristas españoles de entonces: tachas que, siendo generales, no permitían una crítica válida o un proyecto mejor a otros niveles de ideas o conocimientos; y, por tanto, no hubieran obstado a su promulgación como ley.

También tiene méritos: claridad y concisión, por supuesto; y sentido común en el tratamiento de muchos institutos y en las rectificaciones aportadas a los modelos que sigue o al Derecho histórico castellano.

Con todos sus fallos, el texto isabelino es el antecedente claro de nuestro Código civil. Abiertamente había previsto el proyecto de ley de

bases de ALONSO MARTÍNEZ en su artículo primero que se publicase como ley del reino, con las convenientes modificaciones, «el proyecto de Código civil de 5 de mayo de 1851». Y según la base primera de la Ley de 1888, «el Código tomará como base el Proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio»: en realidad, el Código se hallaba redactado ya desde antes salvo las modificaciones de última hora, y lo que la base establece como precepto a cumplir, es una descripción del *modus operandi* seguido por la Comisión de codificación desde que reemprendió la tarea de redactar el Código civil, y no un precepto con verdadera eficacia para el futuro.

No es de extrañar, pues, que un 65 por 100 de los artículos del Código civil de 1888 se hallen en inmediata relación con los del Proyecto. Añádase que otro 20 ó 25 por 100, si bien supone adiciones, supresiones o modificaciones importantes, a veces radicales, sigue teniendo su punto de partida en un precepto isabelino, que sirve todavía para dar cuenta de su intento y significado.

La comparación del Proyecto y el Código civil a veces descubre simplemente el sentido y origen de los errores de éste, como—un ejemplo entre otros—cuando, en el artículo 1.350, nos habla de «sus respectivos lotes», en lugar de las respectivas dotes» a que se refiere, erróneamente, el actual artículo 1.428. Otras—muchas más—al decir con otras palabras lo mismo que el texto promulgado, permite entenderlo con mayor seguridad y relieve. También el conocimiento de la antigua regulación que aparece luego transformada en el Código sirve, por contraste, para percatarse mejor de la actitud y de los propósitos del legislador de 1888.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, que ha publicado, con utilísimo aparato de notas, el eslabón que media entre el proyecto isabelino y el Código, es decir, el Anteproyecto del Código civil de 1888, llega a decir que «el Proyecto de 1851 no es un mero intento frustrado de codificación. El Anteproyecto le seguía en general, si bien también se introducen novedades o modificaciones, ya para volver al Derecho histórico patrio, ya para acoger soluciones de cuerpos legales extranjeros. El mismo Código vigente a veces abandona la nueva redacción que a algún artículo da el Anteproyecto para volver a la del Proyecto de 1851. Biológicamente, bien puede considerarse que *el Proyecto de 1851 es el Código civil español en una etapa muy avanzada de su elaboración*. A la vista del Anteproyecto queda robustecido el valor que para la interpretación del Código tienen el Proyecto de 1851 y las Concordancias de GARCÍA GOYENA». Palabras que cualquiera que se adentre en la comparación y el estudio de tales textos forzosamente habrá de suscribir.

Mas la trascendencia del Proyecto de 1851 para la averiguación del sentido de la versión definitiva de 1888 se multiplica con el comentario de aquél por GARCÍA GOYENA.

De él, da la primera noticia la propia sección de Derecho Civil de la Comisión de codificación cuando, terminado su trabajo, envía el Código al Gobierno en 5 de mayo de 1851, y en la exposición que lo acompaña y puede leerse en este libro dice que «simultáneamente con el Código ha formado el señor don Florencio GARCÍA GOYENA una obra que contiene la historia, el examen comparado y los motivos de cada uno de los artículos, interpretando y resolviendo en el espíritu de los mismos algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en la aplicación»; cabe deducir de aquí el modo y desarrollo de las discusiones, que normalmente obedecerían a una ponencia o propuesta de GARCÍA GOYENA, aceptada unas veces y discutida otras por sus colegas. Y aún dice algo más, en apoyo de la suma importancia de la obra de GARCÍA GOYENA, la citada exposición: «*esa interpretación y resoluciones pueden considerarse auténticas*, por haberse hecho previa discusión con aprobación de las secciones». GARCÍA GOYENA es, en verdad, no sólo el gran motor de la codificación civil española, sino también el primer comentarista de la mayor parte de los preceptos del Código civil, y el mejor auxilio para su interpretación histórica.

La obra se compone de explicaciones sobre cada precepto aislado. El autor da noticia, con solicitud, en primer lugar y como una caución indispensable, de los códigos extranjeros que se han tenido en cuenta en su redacción (entre los de Francia, Holanda, Vaud, Luisiana, Austria, Prusia, Baviera, Nápoles y Cerdeña) conocidos por él, sin duda, a través de la obra de Antoine DE SAINT JOSEPH. Advierte PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS ciertos descuidos en la concordancia: el autor «ignora que el Código prusiano no tiene un único articulado, sino que cada artículo tiene el suyo, y algo análogo ocurre con el de Baviera»; tampoco el autor «debió conocer directamente todos los textos que cita, teniendo alguna vez los preceptos germánicos y sus *concordancias* palabras sin traducir del francés; y cuando reproduce como íntegro un artículo de estos textos, lo da en análogos términos con los que se expresa en la obra de VERLANGA y MUÑIZ, los cuales, muchas veces, distan de responder exactamente al contenido del artículo invocado».

En bastantes ocasiones transcribe los preceptos citados como análogos o precedente, y, en general, muestra cómo ellos constituyen el material más abundante y usado para la formulación del nuevo Código, comparando el precepto proyectado con el de estas fuentes extranjeras; señalando analogías y diferencias, y dando cuenta de los motivos para que éstas se hayan producido.

Atiende también la obra a las concordancias que le parecen existir al autor entre el precepto proyectado y las fuentes romanas, e igualmente las españolas. Mas los pasajes romanos que abundantemente exornan las concordancias, así como los de las leyes de Partida y otras fuentes castellanas (muy excepcionalmente, alguna foral), dan no pocas veces la impresión de un añadido *ex post*, como si el texto genuino procediera de los códigos extranjeros, y, una vez redactado, se concordara con los viejos pasajes del Derecho tradicional. Sin duda la regulación vigente en su tiempo influiría en la redacción del Proyecto, pero del comentario no se desprende ello con facilidad.

La obra contiene también, como anuncia su título, *motivos y comentarios*. El autor explica con frecuencia el porqué de una regulación, incluso contraponiéndola a otras posibles; o a la de códigos extranjeros, o a la vigente. Sus explicaciones son, entonces, inestimables para conocer y valorar la *ratio* del precepto. Plantea asimismo la casuística de muchos de ellos, con mayor o menor amplitud, resolviendo según su criterio extremos y problemas no contemplados expresamente en el texto.

En todo ello, es poco libresco. GARCÍA GOYENA es un jurista agudo y despierto; un buen juez; un abogado de gran calidad; pero no un científico del Derecho en el sentido que cabría dar hoy a esta expresión, ni un profesor, ni siquiera un erudito. Sus citas de romanistas se centran sobre todo en VOET y VINNIO; las de clásicos españoles en Gregorio LÓPEZ y Antonio GÓMEZ, o, de los más modernos, ASSO, FEBRERO y SALA; de tratadistas franceses del Código aparece sólo uno de segunda fila, ROGRÓN, y entre los anteriores a la legislación napoleónica invoca con alguna frecuencia la autoridad de POTHIER. Conocía además la discusión del Código de Napoleón, citando alguna vez frases de sus redactores: PORTALÍS, en particular. Aparecen, desde luego, otros nombres: entre ellos, los de FONTANELLA y CANCER (éste, aragonés que escribe sobre Derecho catalán), son traídos a través de VIVES y CEBRIÁ; acaso los de DUMOULIN o CUIACIO tampoco signifiquen que consultase el autor la obra original. El aparato bibliográfico es, en suma, muy parco; son mayoría las páginas que no contienen ninguna cita doctrinal. El autor no es ningún *ilustrado*: es un *moderado*, incluso en las citas.

Lo es, también, en sus puntos de vista de moral social. Tal, por ejemplo, el contraste que se desprende entre sus ideas sobre la esclavitud, y sobre la servidumbre doméstica de la mujer casada. «Algunas naciones han abolido la esclavitud—escribe acerca de la primera—en sus mismas colonias: mas por una monstruosa inconsecuencia el país más libre del mundo (los Estados Unidos) conserva aún el padrón de infamia y de barbarie: entre los códigos modernos, sólo el de la Luisiana se ocupa de esclavos» (comentario al art. 34). Frente a esta liberal consideración de

un problema de condición humana muy actual en su tiempo, contrasta su planteamiento de otro igualmente actual, como el de la posición social y jurídica de la mujer casada. «Generalmente—dice en el comentario del artículo 62—las mujeres miran al matrimonio como la conquista de su libertad, y no se engañan bajo ciertos puntos de vista sociales; pero bajo el aspecto legal, la mujer casada, como por un común acuerdo de todos los legisladores, viene a ser una verdadera menor de edad. Tal es el concepto que se le da en este y los siguientes artículos.» Para él, que sea «el marido jefe directo de la familia, administrador de todos los bienes del matrimonio y responsable de ellos» es lo natural y honesto: «lo contrario sería una perturbación del orden doméstico en lo moral y civil, un contraprincipio en buena legislación». En otro lugar (al comentar el art. 1.240) razona que, puesto que el marido tiene un poder total sobre la mujer debe tenerlo también sobre los bienes de ésta. Sobre todos los bienes, y no sólo los dotales. «¿No son todos de la mujer—se pregunta—y la mujer toda del marido?» Esto es lo «sencillo, moral, y necesario para mantener el orden y disciplina en la familia: *vir est caput mulieris*: nada más natural y justo que la máxima proclamada por la Ley 9 Romana y 29 de Partida»; «¿es posible concebir la dependencia o sumisión personal de una mujer que administra sus bienes, y goza de sus rentas con absoluta independencia de su marido?»

En su tiempo, la obra de GARCÍA GOYENA se extendió por los países de raíz ibera. Para el Código civil portugués de 1867 dice CUNHA CONÇALVES que su autor, SEABRA, consultó frecuentemente el «excelente libro» de GARCÍA GOYENA; VELEZ SANSFIELD, redactor principal del Código civil argentino de 1869, manifiesta que para su trabajo se ha servido principalmente del «Proyecto del Código civil para España del señor GARCÍA GOYENA»; en el informe de la Comisión revisora del Código civil uruguayo de 1868 también figura, entre los materiales más cotidianos del Proyecto, «el del señor GOYENA»: y alguna alusión se contiene en el informe de la comisión redactora del Código civil de Guatemala de 1877.

Los civilistas españoles, desde 1888 hasta época muy reciente, citan a GARCÍA GOYENA, pero no con la constancia que merece una obra a la que acaso no se ha dado toda la importancia que tiene para la averiguación de la *voluntas legislatoris*. El propio don JOSÉ CASTÁN, maestro y mentor, a través de su obra, de los civilistas españoles durante casi medio siglo, da noticia de las «Concordancias» en una nota a pie de página: «publicó GARCÍA GOYENA un libro, interesante todavía hoy...». Pienso, por mi parte, que ese libro no es simplemente un libro interesante: es un libro-clave.

Esta afirmación se funda en mi idea sobre la naturaleza y virtualidad de la ley como acto de voluntad inteligente, encarnando el mandato de

un legislador concreto; naturaleza de la cual deriva el valor primordial de los trabajos preparatorios para la interpretación del precepto. Las objeciones que desde distintos puntos de vista oponen los autores a este modo de pensar, no me parecen concluyentes.

De una parte, se especula sobre la incertidumbre de la voluntad del legislador, al ser «las leyes elaboradas en una democracia constitucional moderna el producto de una voluntad colectiva de formación muy compleja». «Será imposible—dice HERMANN—, más corrientemente, deducir esta voluntad del conjunto de las opiniones e intenciones tan diversas expresadas a raíz de la elaboración de un texto legislativo por aquellos que han participado en ella. De hecho, el texto final resulta frecuentemente de un compromiso entre tendencias opuestas unas y otras, y, a veces, incluso, contradictorias.»

CAPITANT, comentando la frase de PORTALIS—en la exposición de motivos del título preliminar del Código de Napoleón—«las leyes son voluntades», niega que «se pueda descubrir esta voluntad en las discusiones de asambleas compuestas por un gran número de personas en las que se expresan todas las opiniones, y donde los oradores afirman ideas sin haber estudiado y profundizado suficientemente el espíritu y la economía de los proyectos». «La dualidad de las Cámaras y la diversidad de las opiniones; las contradicciones que surgen en la discusión, privan de toda autoridad a las posiciones allí expuestas en cuanto a la interpretación del texto. Cada uno manifiesta solamente sus puntos de vista personales, y nadie puede envanecerse de expresar el sentimiento general de lo que se llama el *espíritu de la ley*. Las oscuridades, las contradicciones que se encuentran demasiado frecuentemente en las leyes recientes, resultan justamente de la confusión de las discusiones; de las posiciones divergentes allí defendidas, de modificaciones insuficientemente estudiadas aportadas a los textos en el curso del debate. ¿Cómo cabría encontrar aclaraciones o directrices en las deliberaciones de las que salen textos oscuros o contradictorios?»

Y FERRARA considera sobrepasada la concepción que identifica al legislador con el redactor de la ley, dando a discusiones y opiniones pre-legislativas casi la autoridad de una interpretación auténtica.

«Se parte ahora—dice—de la observación exacta de que semejantes escritos y discursos son cuestión interna de los órganos legislativos y no se transfunden en la ley publicada: de modos de ver los diversos relatores o preopinantes; tendencias individuales, y no pensamientos del *legislador*. El silencio de los otros elaboradores de la ley no valen como aquiescencia o aprobación de los conceptos emitidos por los varios proponentes, porque el texto de la ley puede ser aprobado por otros motivos, frecuentemente diferentes de las razones invocadas.»

«De esta divergencia aparece rastro en nuestros trabajos legislativos, en los que vemos sustentar opiniones contrarias, surgir antagonismos y transacciones de tendencias, acordándose nuevas fórmulas de textos; y más se haría patente la discordancia si nos fuese dado conocer al vivo el trabajo del legislador, más de lo que resulta de los testimonios oficiales contenidos en las actas y los documentos de las Cámaras.»

COSACK compara los trabajos preparatorios de una ley a los debates preliminares de un contrato: así como éstos, en principio, no tienen influencia sobre el contrato definitivo, que es fruto de transacciones de intereses, así también a aquéllos les falta autoridad sobre el texto definitivo de la ley, que nace del entrecruzamiento de opiniones y tendencias opuestas de los varios órganos legislativos.

De otra parte, es hoy opinión extendida la de la autosuficiencia de la ley—del sistema legal—en relación con los hechos a los que en cada momento se aplica. Los juristas ingleses han venido manteniendo habitualmente que la ley, una vez votada, se basta a sí misma. Jamás se le ocurriría a un juez inglés la idea de consultar los trabajos preparatorios para tratar de buscar aclaraciones. «Los jueces no tienen que entregarse a especulaciones sobre la búsqueda de los motivos que han conducido al Parlamento»—decía Lord HALDANE a la Cámara de los Pares en 1912—. «Su ámbito es completamente diferente; es el de la interpretación de los términos en los cuales el legislador ha presentado finalmente sus conclusiones.»

«La ley—apunta CAPITANT—, es un organismo que forma un todo, y se destaca el mismo día en que se vota de la voluntad de aquellos que la han elaborado. Es en ella, y sólo en ella, donde es preciso buscar el espíritu y la razón de ser de los preceptos; no en las declaraciones de los hombres que han colaborado a su concepción. La ley es lo que es: no lo que se habría querido que fuera.»

Se pretende, con ello, objetivar la voluntad contenida en la ley; «remover todo aquello que es meramente subjetivo en la voluntad, y dejar todo lo que es resultado final o producto objetivo» (COVIELLO), prescindiendo del proceso psicológico individual de los participantes en la elaboración de la norma o de cualesquiera manifestaciones relativas a sus propósitos, y considerando como contenido normativo «todos y solos aquellos efectos que la norma es capaz de producir, puesta en relación con todas las otras vigentes y en contacto con la vida práctica, la cual, con su continuo movimiento, puede dar a una norma un efecto nuevo y diverso de aquel que pensaron sus autores» (HECK). En conclusión, la «voluntad» que se permite averiguar es sólo aquella que «se deduce de la ley considerada objetiva e independientemente de su autor» (COVIELLO).

Pero—comencemos por la segunda objeción—si la voluntad del legislador es difícilmente aprehensible, difusa, a veces apenas formada, la voluntad objetiva de la ley es una entelequia. «La afirmación—dice DUALDE—de que la ley es un ser vivo, y la otra afirmación equivalente, de que *sólo hay voluntad de la ley* y no *voluntad de los autores de la ley*, son inadmisibles, porque con ellas se aspira a proscribir el estudio de los precedentes, es decir, se aventura la fantástica empresa de abolir el principio de causalidad, de hacer de la ley la causa primera, lo cual es puro fetichismo, animismo primitivo, que da alma y pensamiento propio a la ley, como en otro tiempo se dio a cosas materiales. Al prescindirse del legislador, la ley se convierte en un fenómeno sin causa; por tanto en un fenómeno mágico. La *mens legis* como sustitutiva de la *mens legislatoris*, es incomprensible. Constituida la ley por palabras y conceptos, en ella ha de haber forzosamente una referencia a un sujeto o a una pluralidad de sujetos emisores. Una voluntad objetiva en este orden de ideas, es equivalente a un sujeto objetivo, es una contradicción.»

La primera objeción, la de la incertidumbre de la *voluntas legislatoris*, debe ser, entonces, matizada, para desvelar lo que tiene de inexacto y aceptar sus observaciones válidas. Cualesquiera que sean la confusión y la ininteligibilidad de la discusión de una ley en una cámara parlamentaria u otro estamento corporativo, no por ello dejará de constituir aquélla un acto de voluntad. Cosa distinta es que la voluntad resulte difícil o imposible de discernir a través de las discusiones, lo cual no ocurrirá con tanta frecuencia como pretenden los autores «objetivistas», al menos en cuanto a las directrices y propósitos esenciales.

Pero es que, además, y como observa DUALDE, difícilmente cabe atribuir el sentido de la ley al órgano legislativo que la aprueba: ni las pandectas son obra de Justiniano, ni las Partidas de Alfonso el Sabio (al menos, en una medida notable), ni el Código civil de los cuerpos colegisladores españoles. Atribuir el contenido de ideas y mandatos de la ley al legislador constituye, frecuentemente, un fenómeno de prestidigitación. «No hay diferencia alguna—explica agudamente el profesor DUALDE—entre que de un sombrero vacío surja un surtidor de flores y que de un pensamiento exento de nociones jurídicas técnicas surja la complicación de un Código. Cuando se habla del *legislador*, a esa palabra corresponde en quien la pronuncia una brumosa vaguedad interior: es la nebulosa prelógica que pesa sobre el jurisconsulto y que le hace despreocuparse del principio de contradicción; el legislador nada sabe y al mismo tiempo realiza el prodigio de idear e implantar un Código.»

DUALDE intenta resolver esta contradicción distinguiendo entre el mandato que pone en vigor la ley y su contenido. «El legislador—dice—no es el cero, el vacío absoluto. El legislador es la voluntad, pero no la

voluntad consciente y reflexiva de que habla GENY y a la que se refieren los autores tradicionalistas; es la fuerza de sentido predominantemente mecánico-social que impone la ley. Su ceguera y limitación no rebaja su categoría de fuerza. No es la voluntad divina, toda la luz y conciencia; es la voluntad cósmica, poderosa y eficaz. Los grados de luz que tenga y pueda tener la mejoran, pero con sólo su energía instauradora justifica su razón de ser. Esto es lo real, despojado de las construcciones de la actividad prelógica. En el caso peor para el legislador, siempre queda en pie que manda, es decir, que es una voluntad.»

Ahora bien: tras la inconsciencia del legislador está el conocimiento de la ley que tienden, desde la escasa minoría parlamentaria ilustrada, hasta el que primero comenzó, en un pasado acaso muy remoto, a pensar en la regulación que luego llega a ley. Todas estas intelecciones del contenido de la ley pueden tenerse en cuenta—si alcanzan claridad bastante—, bien que a través de la fórmula, para valorarla, y a ellas hay que referirse cuando se habla de la *voluntas legislatoris*. DUALDE llama a esta teoría de voliciones e intelecciones que parte hacia atrás del momento de la promulgación de la ley, y que tiene trascendencia fundamental para su interpretación, la «serie causal». En ella se integran sucesivamente los legisladores, las comisiones en donde se gestó el texto de la ley y donde se tuvo de él una mayor conciencia, y el conjunto de trabajos preparatorios, los cuales tienen un valor positivo del que es ilógico prescindir. La circunstancia de que la ley sea en ocasiones distinta de los informes y votos particulares de tales trabajos preparatorios, no altera el hecho de que éstos se hallan alineados en el proceso causal.

Hay, pues, que buscar la inteligencia de la ley allí donde se encuentre. Esta búsqueda podrá tener un éxito mayor o menor; la prueba de que las ideas de los trabajos preparatorios han pasado a la ley podrá ser más o menos concluyente; los trabajos mismos podrán mostrar un grado mayor o menor de unidad o de contradicciones, pero todo ello son ya factores para valorar la certeza de una pretendida *voluntas legislatoris*; nunca argumento para desterrar tal voluntad del elenco de medios de interpretación de la ley, ni aun para asignarle un valor secundario.

Cosa distinta es—y con ello vuelvo a la segunda objeción, a fin de situar debidamente lo que tiene de exacto—que la ley no sea sólo expresión de la voluntad de un legislador pretérito. MANICK centra el problema cuando explica que es un error contemplar la voluntad del legislador como un simple hecho de tiempos pasados, en relación con el momento de la puesta en vigor de la norma, y cuya acción cesa en ese instante. Tal concepción consideraría como única tarea de la interpretación la de suscitar en cada momento el contenido intelectual legislativo tal como existía al producirse éste. Contrariamente, en su opinión, la vo-

luntad del legislador tiene que ser contemplada como «voluntad duradera», y por tanto como una «voluntad de la ley», cuyo contenido progresa, de modo que las circunstancias temporales de cada instante de existencia de la norma inspiran en ella vida y sentido. Por consiguiente, tampoco cabría—me parece deducir de estas palabras del autor alemán—despreciar el contenido intelectual inicial de la ley, siquiera no sea exclusivo. Todo lo cual plantea un distinto y difícil problema, en cuya consideración apenas puedo entrar aquí: el de la variabilidad del entorno social frente a la permanencia de la ley escrita. A mí me parece—y forzosamente he de simplificar los términos de una cuestión compleja para avanzar en pocas palabras una opinión—que si bien la ley es, ciertamente, expresión de una voluntad fijada en una fórmula verbal, y la interpretación no puede dejar de lado esa circunstancia, porque sería tanto como admitir la existencia de un efecto sin causa; sin embargo, la norma escrita es capaz de producir consecuencias muy por encima de su fórmula, y también de la previsión del legislador: en contacto con la vida, puede ser entendida por el intérprete mucho mejor de lo que la entendía el legislador mismo. A esta virtualidad alude lo que hay de razonable e importante en la teoría de la *voluntas legis*, y no a que la ley esté dotada de voluntad como un ser humano.

Tal virtualidad es, en principio, chocante. ¿Cómo—cabe preguntarse—es posible obtener de la ley más de lo que en ella puso su autor?

Naturalmente, si se tratase de símbolos matemáticos o químicos, el intento sería ocioso. Pero la ordenación del legislador, precisamente por estar destinada a señalar durante tiempo indefinido y en cualquier situación la conducta justa, ha de ser apta para reaccionar frente a hechos nuevos, que, por serlo, difícilmente podían ser imaginados y previstos cuando se elaboró la fórmula en vista de circunstancias y conflictos pasados. El propio destino y naturaleza de la norma imponen una relativa variabilidad de su contenido, a fin de que, funcionalmente, siga siendo el mismo. Piénsese, por otra parte, que la ley, en cada momento, no apoya tanto su vigencia en la autoridad del legislador pretérito que la promulgó, como en la del presente, cuya mente debe contar en la interpretación. Y, finalmente, que cada precepto es algo más que la solución de un caso concreto por un legislador ancestral y distante: es un proyecto de justicia al servicio del bien común; comporta una ordenación racional, dirigida por una *ratio*, y este elemento fijo, puesto en contraste con cambiadas circunstancias, permite extrapolar un nuevo planteamiento normativo ampliando o restringiendo el campo de acción de la fórmula verbal, si bien siempre en los límites de la *ratio*, pues una solución que invoque en su apoyo a la ley, en algún modo ha de ser referible a ella. La posibilidad de extraer criterios de conducta del texto legal tiene lí-

mites, que los recursos de la interpretación no podrían superar, en la propia fórmula y en la voluntad del legislador.

A la averiguación de esta voluntad, que sigue valiendo a través de las cambiadas circunstancias, aportan su luz los proyectos y trabajos preparatorios, sin interferir el necesario desenvolvimiento y adaptación de las directrices legales.

La notable permanencia de las normas y los institutos de Derecho civil hacen más útiles tales trabajos en su particular ámbito. Mas, sobre todo, la forma de elaboración de nuestro Código concede al Proyecto de 1851 y al trabajo de GARCÍA GOYENA una autoridad singular, hasta el punto de ser muy pocos los cuerpos legales de esta clase provistos de una explicación tan directa y convincente. Pues, en primer lugar, lo reducido de la comisión que redactó el proyecto y la autoridad en ella de GARCÍA GOYENA, garantizan la afirmación de los propios vocales, de ser el trabajo de nuestro autor una interpretación auténtica de la voluntad colectiva; en segundo lugar, podemos prescindir aquí, como legislador del Código civil con propia voluntad, y merced al sistema de la ley de bases, de la mayoría parlamentaria que votó ésta; y, por último, en cuanto a la Comisión de codificación que elaboró el Código civil, tanto el mandato de la propia ley de bases (o, más bien, descripción de algo ya realizado), como las notas de concordancia añadidas al anteproyecto redactado por aquélla y que continuamente remiten al texto isabelino, convencen de que dicho texto se halla en el origen del articulado vigente, formulado en un ininterrumpido diálogo con la obra de GARCÍA GOYENA. De ahí el valor excepcional, incomparable, de ésta, en la fijación de la voluntad del legislador.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

Primer Congreso Internacional de Derecho Registral Buenos Aires, 1972

PONENCIA: La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción

PLANTEAMIENTO

1. El viejo problema de la seguridad jurídica, de importancia capital para la normal convivencia ciudadana, sigue plenamente vigente, no obstante los avances de la Ciencia del Derecho, como lo demuestra el propio Temario de este Congreso, al colocar como rúbrica de apertura de las ponencias y trabajos que en el mismo han de desarrollarse el tema de «La seguridad jurídica y la publicidad inmobiliaria».

Seguridad jurídica vinculada necesariamente a la Institución registral, destinada a dar publicidad, precisamente con fines de seguridad, a las relaciones jurídicas sobre inmuebles. Y es que el Registro de la Propiedad Inmueble tiene una misión que cumplir más amplia que la simple protección de intereses meramente privados: decir a cada uno lo que es suyo—y también lo que es de los demás—sobre la base real de las fincas inscritas, publicando su completo historial jurídico, no sólo proporciona a los interesados una base firme de contratación, sino que ayuda a crear la necesaria conciencia pública en orden a la seguridad y estabilidad de las relaciones inmobiliarias registradas, evitando litigios futuros y, posiblemente, graves alteraciones de la paz social.

2. Aparece así el Registro como institución dinámica y de finalidad eminentemente social, adaptada al ritmo de los tiempos, a las condiciones sociales, económicas y jurídicas en continuo cambio. Así cumplirá la misión propia que institucionalmente le corresponde, como a los demás organismos jurídicos, de dar solución y cauce, conforme a Derecho, a las necesidades y problemas sociales que se plantean en cada momento, de acuerdo con el clásico y siempre vigente aforismo *du mihi factum, duco tibi ius*.

3. Un ejemplo concreto, y muy oportuno, por relacionarse directamente con el país que tan fraternalmente nos acoge, lo tenemos en la evolución legislativa experimentada por la llamada «propiedad horizontal» o «propiedad por pisos o departamento». Precisamente el primer Código civil que cronológicamente prohibió la institución fue el argentino, en su artículo 2.617. Pero bajo el empuje de las urgentes necesidades sociales, el sistema prohibitivo fue abrogado por la Ley número 13.512, promulgada el 13 de octubre de 1948, que inaugura uno de los más amplios y completos sistemas legislativos que sobre la materia existen.

4. La vitalidad del Régimen de Propiedad Horizontal, aplicado hoy en la mayoría de los países, ha venido a solucionar un grave problema social, como pusieron ya de relieve los trabajos del XII Congreso Internacional de la Propiedad Inmobiliaria Urbana, celebrado en 1952 en Valencia (España). Dicho régimen, una vez establecido, funciona, por lo general, perfectamente. Pero es necesario tener en cuenta ciertas situaciones que se plantean, antes de estar establecido y en marcha, para facilitar y asegurar el acceso al mismo.

5. Uno de los más graves problemas que en esta materia se producen, y a cuyo examen nos limitaremos en esta breve intervención, es el relativo a las garantías jurídicas de los adquirentes y futuros propietarios de pisos en construcción. Problema que creemos no sólo afecta a los países más deficitarios en materia de vivienda, sino que adquiere dimensión internacional merced, sobre todo, al auge de las corrientes turísticas.

6. En efecto, es un hecho frecuente que los pisos o departamentos de los edificios futuros sean objeto de tráfico jurídico a la vista de los simples planos, memoria y proyecto de construcción, aun antes de iniciadas las obras y, en ocasiones, aun antes que el promotor tenga plenamente legalizada la situación del solar que les ha de servir de asiento. Y la forma normal en que se producen en la práctica diaria española—y, quizá, en la de muchos otros países de similares características—las relaciones entre el promotor-constructor y la otra parte, o sea, el futuro propietario del piso, es la siguiente: El promotor enajena los pisos, haya comenzado o no la obra, percibiendo una parte del precio por adelantado y comprometiéndose a entregarlos una vez terminada la edificación. El

adquirente, a su vez, se obliga a pagar el resto del precio en el momento de la entrega, subordinándose la transmisión efectiva, con el consiguiente otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Inmobiliario, a dicho momento, quedando reservado hasta entonces el dominio del vendedor y constando mientras tanto el contrato en un simple documento privado, carente de toda homologación. Suele pactarse también una cláusula penal según la cual, si llegada la fecha fijada para el pago del precio éste no se hubiese satisfecho en su totalidad, el comprador perderá todo o una parte de lo abonado a cuenta hasta entonces y quedará resuelto y sin ningún efecto lo pactado.

7. A primera vista destacan los inconvenientes de un contrato así estipulado, fuente de posibles litigios y, por desgracia, de algunos fraudes, que en ocasiones han saltado a las páginas de sucesos de la prensa. Inconvenientes que podemos concretar fundamentalmente en los aspectos siguientes:

1.º Por lo que respecta a su forma, el cauce contractual es meramente privado, sin intervención en él de funcionario que asesore oportunamente; sin ninguna publicidad; y con las insuficiencias propias, de promoverse litigio, de todo documento privado.

2.º En cuanto al objeto, en el contrato no suelen determinarse con precisión las circunstancias del futuro piso: es más, se admiten modificaciones unilaterales por el constructor, al amparo de las propias necesidades de construcción, no siempre bien justificadas. Una vez terminada la obra, la determinación del régimen, ordenanza, reglamento o estatuto de la futura comunidad de propietarios queda frecuentemente al arbitrio del constructor, por lo que, en ocasiones, múltiples aspectos del mismo, por ejemplo, el relativo a la determinación de los módulos de participación en beneficios y gastos no resultan lo equitativos que sería de desear.

3.º Por lo que atañe a la posición de las partes, el comprador se encuentra bastante desamparado. Aparte cuestiones económicas, como la relativa a las cláusulas de elevación de precio, más o menos de acuerdo con la elevación de costes, en el más importante terreno jurídico, todavía es más aventurada su posición: se halla ligado por una cláusula penal que puede resultar leonina y cuya moderación por los tribunales quizá exija un dificultoso pleito; carece de medios rápidos y eficaces para exigir la entrega del piso en el plazo convenido; se encuentra inerte frente a los posibles acreedores del constructor, verdaderos terceros dotados de garantías de fuerza real sobre el inmueble; incluso, frente a los restantes copropietarios futuros, y de haberse constituido sobre el inmueble hipoteca u otro gravamen, en la que, expresa o tácitamente, se haya subrogado, el comprador puede verse afectado por la indivisibilidad de la garantía,

de no haberse formalmente dividido, y soportar las onerosas consecuencias de la insolvencia de algunos de los copropietarios.

POSIBLES SOLUCIONES

8. Ante estas situaciones, que deterioran gravemente la seguridad jurídica, es preciso reaccionar, modificando y perfeccionando el sistema en busca de una solución ágil y rápida.

Cierto es, procede en justicia destacarlo, que en algunos países el legislador, ante el problema, ha adoptado diversas medidas, de tipo fundamentalmente administrativo, destinadas a paliarlo. Tales medidas, de carácter variado, se dirigen, bien a contener la inmoderada especulación y regular algunos aspectos contractuales (caso, por ejemplo, del Decreto argentino número 31.696, de 15 de diciembre de 1949 y otros posteriores), o a regular la percepción de cantidades anticipadas por los promotores de viviendas, estableciendo un seguro o afianzamiento de devolución (supuesto de la Ley española de 27 de julio de 1968 y disposiciones complementarias), o a determinar incluso las propias circunstancias de propaganda y publicidad comercial de la venta de viviendas en construcción, etc.

9. No obstante, la verdadera solución ha de buscarse en la Institución registral, organismo cuya esencia y propia razón de existir la constituye el dar publicidad a todas las relaciones jurídico-inmobiliarias. Las soluciones administrativas, si bien cumplen una misión de oportunidad, sólo indirectamente inciden en el aspecto fundamental de la publicidad y la seguridad jurídica. Es más, lo único que se logra en ocasiones con tales medidas, como es el caso de las disposiciones españolas citadas, es que en caso de incumplimiento de lo convenido por el promotor-constructor, el adquirente del piso futuro tenga garantizado el recobro de las cantidades anticipadamente satisfechas, pero sin ninguna posibilidad de acceder a una titularidad real sobre el inmueble, con lo cual se frustra totalmente la finalidad perseguida al contratar.

La solución ha de venir por otro camino, que tenga en cuenta no sólo los aspectos administrativos, sino el cauce civil y registral en que el problema ha de injertarse, para evitar que se produzca una grave discordancia de tratamiento.

10. En el puro campo del Derecho Civil son conocidas las dificultades que plantea a la doctrina, hasta hace poco excesivamente encajada en los moldes romanísticos, la construcción dogmática de los negocios jurídicos relativos a inmuebles futuros, en el intento de superar la idea fundamental de que sobre los mismos es imposible estructurar una titu-

laridad real, al carecer de existencia actual. La doctrina moderna se orienta por distintos caminos, según se enfoque el tema:

- a) desde el punto de vista de las modificaciones a la teoría de la accesión, el derecho de vuelo y el de superficie;
- b) los convenios sobre la futura copropiedad;
- c) de las fórmulas societarias; o
- d) de las llamadas relaciones preliminares, negocios anticipados, titularidades provisionales o expectativas jurídicas.

Teorías todavía en formación e insuficientes, por tanto, aunque tengan el mérito de tratar de encajar en el Ordenamiento el nacimiento de la Propiedad Horizontal que se produce en la práctica de forma un tanto atípica, antes de haberse terminado la construcción del edificio que realmente la posibilita.

11. Por lo que respecta a la doctrina urbanística, de aparición muy reciente, y no tan sujeta por los estrechos marcos civilistas, el planteamiento del tema es distinto: partiendo de la interesante teoría de SAVATIER sobre «la desmaterialización jurídica del inmueble», se considera «el volumen edificable» como objeto posible y actual del tráfico jurídico. Y es que se contempla el problema desde el punto de vista finalista, del resultado perseguido, al que tiende todo el planteamiento urbanístico, pues como nos dice el tratadista español NÚÑEZ RUIZ, «la ciudad es espacio, y como tal, figura geométrica»; pero es algo más: «el espacio urbano es, ante todo, un espacio vital, esto es, una fórmula racional de convivencia humana». Y los problemas que plantea son de solución urgente, pues como afirman MEDINA ECHEVERRÍA y PHILIP M. HAUSER (en su Informe sobre «La urbanización en la América Latina», publicado por la UNESCO en 1962), «el ambiente urbano crea una cierta angustia», que, si es excesiva, «puede provocar fenómenos de desorganización social y personal».

LA SOLUCION REGISTRAL

12. Aplicando las ideas anteriormente expuestas al supuesto que nos ocupa, en la misma línea debemos pronunciarnos, en mi modesta opinión, los que por vocación y profesión estamos ligados a la Institución Registral, cuya misión no se agota en la simple homologación de los típicos derechos privados, sino que debe ser instrumento de defensa de la seguridad jurídica general.

Por ello, y aun antes que se solventen las dificultades dogmáticas que existen para explicar y construir, más allá del campo puramente

obligacional, la titularidad de los adquirentes de pisos futuros, parece totalmente necesario y perfectamente factible organizar la publicidad registral de tales titularidades provisionales, necesitadas urgentemente de protección, que sólo pueden lograr precisamente a través del Registro, al estarles vetada otra forma de publicidad como la posesoria. Nos apoyamos para ello en las siguientes consideraciones, que tengo el honor de proponer a los ilustres participantes en este Congreso, cuya superior competencia les dará, sin duda, la forma y desarrollo más adecuados.

13. En primer lugar, hay que afirmar que el Registro no sólo constata titularidades jurídico-reales definitivas. También acoge bajo su protección a situaciones interinas o provisionales, con la única condición de que la situación o titularidad definitiva a que se encaminen sea de naturaleza jurídico-real inmobiliaria.

Tal es el caso, en el Derecho español, por ejemplo, de los derechos de los fideicomisarios, de los favorecidos por disposiciones de residuo, de los derechos sometidos a condición, o mejor, en el supuesto específico de que lo indeterminado no es la persona del titular, sino el objeto del derecho, y en concreta conexión con la edificación, nos encontramos con las disposiciones del Reglamento Hipotecario reformado en 1959 que admiten la inscripción en el Registro del derecho de superficie que faculta a su titular para «construir edificios en suelo ajeno o levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos» (art. 16, 1.º). Las que establecen asimismo la inscripción del «derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero» (art. 16, 2.º), sujetándose las nuevas plantas del edificio creadas en uso de esta facultad al régimen de Propiedad horizontal. Aparte los casos en que, a pesar de la destrucción del edificio, subsiste un régimen registral destinado a tutelar interinamente los derechos constituidos sobre el mismo, en espera de su reconstrucción, como es el supuesto de las servidumbres (art. 546, 3.º del Código civil), de los censos (art. 1.626 del Código civil), o de los derechos de los propietarios horizontales si se pactó en los Estatutos que el régimen de Propiedad Horizontal no se extinga ni se convierta en condominio ordinario por la destrucción del edificio (art. 21 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960).

Y no puede afirmarse que en todos estos supuestos, en que se protegen derechos reales potenciales, no definitivamente consolidados sobre la cosa, se produzca una desnaturalización o desviación de la misión propia del Registro, destinado a la protección de las titularidades reales inmo-

biliarias definitivas, pues el Derecho y el Registro han de tener en cuenta la existencia de situaciones de interinidad, de gestación de futuras titularidades plenas que necesitan, como garantía para llegar a término y alcanzar existencia perfecta, del cauce de la protección registral.

14. Ahora bien, el medio adecuado para que estas titularidades provisionales ingresen en el Registro no es la inscripción propiamente dicha. Este asiento debe reservarse fundamentalmente para las titularidades reales ya consolidadas, y no meramente en formación, o que afectan a la cosa sin entidad suficiente para ser inscritas. Además, resultaría poco práctico, en el supuesto que nos ocupa, admitir sin condicionamientos la inscripción del derecho de los futuros propietarios. Un ejemplo concreto de este aserto se encuentra en la Ley española de 26 de octubre de 1939, precursora de la vigente Ley de Propiedad Horizontal, que admitió la inscripción «como fincas independientes de los diferentes pisos o partes de piso susceptibles de aprovechamiento exclusivo de un edificio ya construido, o cuya construcción esté comenzada o *meramente proyectada*, cuando pertenezcan a *hayan de pertenecer* separadamente en dominio pleno o menos pleno a personas distintas». Asimismo admitió la hipotecabilidad de tales pisos futuros. Tal posibilidad, que con mayor timidez y menor claridad reitera el artículo 8 de la Ley Hipotecaria vigente, no ha tenido aplicación en la práctica y ha sido desfavorablemente criticada por la doctrina. Como demuestra la práctica diaria, ni los pisos meramente proyectados se inscriben (sí los todavía en construcción), ni mucho menos tienen acceso al Registro los negocios dispositivos relativos a ellos, a pesar de que en el campo extrarregistral el número de dichos negocios aumenta cada día. Y es que, sin el cauce reglamentario adecuado, que desarrolle tal posibilidad, la inscripción está vetada por la repugnancia que a la concepción clásica inspira el concebir una titularidad real sin la existencia anterior y actual de la cosa que constituye su objeto, y que el folio registral constate fincas que todavía no existen en la realidad.

15. Ahora bien, y como ya dijimos, esta concepción clásica tiende a superarse en la actualidad, por la necesidad de dar publicidad y protección a aquellos supuestos en que el piso en proyecto o en construcción funciona como base cierta de relaciones jurídicas, en estrecha conexión con un determinado solar edificable, que sí tiene existencia real, y que viene a legitimar las titularidades reales que en razón del mismo se articulan.

Separar tajantemente en estos casos el campo de las relaciones puramente obligacionales hasta que, realizada la construcción y adjudicados los pisos a sus respectivos adquirentes, se entra ya de pleno en el campo de los derechos reales, supone volver las espaldas a una situación que socialmente se impone, pues tales relaciones obligatorias se conciertan

precisamente como primer paso hacia el otro campo, con el propietario de un solar edificable, y teniendo en cuenta la existencia de un proyecto de construcción y división horizontal del mismo, punto de vista fundamental contemplado por las partes.

Y esta zona intermedia, de confines ciertamente grises y no bien definidos, que supone el tránsito de lo meramente obligacional a lo real, ha de estar protegida provisoriamente, mediante un asiento registral que participe de parecidas características.

16. Para ello, en numerosas Ordenanzas, inspiradas sobre todo en el sistema germánico, existen asientos registrales especiales, de carácter transitorio, que atenuando el rigor de la apariencia libraria, vienen destinados a proteger temporalmente al derecho real en formación, y a prevenir a quien consulta el Registro (futuros adquirentes, acreedores, etc.) de la afección de la finca a determinado destino o responsabilidades. Tal es el fin de la llamada «prenotación» o *Vormerkung* en el Derecho alemán y «anotación preventiva» en el español, verdadero complemento de la inscripción en un buen sistema registral.

Claro es que, al estar las anotaciones preventivas regidas por el sistema del *numerus clausus* y los supuestos en que se aplican determinados por conceptos instrumentales o específicos—a diferencia de la inscripción, referida casi exclusivamente al concepto genérico-material de derecho real—, será preciso que el legislador establezca y regule detalladamente la destinada a la protección de estas especiales situaciones, en conexión con las normas ya existentes sobre Propiedad Horizontal.

CONCLUSIONES

17. En base a las anteriores consideraciones, cabe sentar las siguientes *conclusiones provisionales*:

Primera.—En aras de la seguridad jurídica, debe organizarse de un modo completo la publicidad de los edificios en construcción o meramente proyectados, destinados a ser adquiridos por distintas personas en régimen de Propiedad Horizontal.

Segunda.—Como primer paso, en todo supuesto en que el propietario de un inmueble edificable—o el titular de un derecho de superficie o edificación—decida unilateralmente la construcción sobre el mismo, o le venga impuesta por las normas legales de planeamiento urbanístico o edificación forzosa o protegida oficialmente, de un edificio proyectado para su venta por pisos o departamentos independientes, deberá obligatoriamente inscribir en el Registro el proyecto de construcción, debida-

mente aprobado y con las condiciones que reglamentariamente se determinen, así como el régimen de Propiedad Horizontal, que contendrá, de modo completo, los estatutos o reglamento de la futura comunidad, ajustada a las disposiciones imperativas que rigen tal especial propiedad.

Tercera.—Inscrito el edificio proyectado en el folio registral correspondiente al solar, se inscribirán, también obligatoriamente, como fincas independientes, los pisos o departamentos proyectados o en construcción.

Cuarta.—Los posteriores actos o contratos, precursores de una transferencia o gravamen real, también se harán constar en el Registro, mediante una anotación preventiva, ganando rango registral frente a cualesquiera otras transferencias o gravámenes posteriores o no inscritos, prenotación que se convertirá en inscripción definitiva cuando, por terminación de las obras sea posible la entrega de los pisos o locales ya construidos a sus definitivos titulares.

Quinta.—Tales anotaciones tendrán una duración temporal, pero podrán ser prorrogadas por justa causa, de común acuerdo o a instancia de parte legítima.

Sexta.—Cualquier variación del primitivo proyecto de construcción o del Régimen de Propiedad Horizontal, tal como conste en el Registro, no producirá efecto frente a los titulares de derechos anotados sin su consentimiento. Si, por cualquier causa, no fuese posible realizar la construcción, la cancelación de la inscripción del primitivo proyecto se verificará con el consentimiento, voluntario o suplido judicialmente, de los titulares de derechos anotados, salvo en el caso de que no hubiese anotación o estuviere caducada, en cuyo supuesto bastará la declaración del propietario del inmueble.

Séptima.—En todos los supuestos anteriores la inscripción será obligatoria o forzosa, y aparte poder sancionarse su omisión administrativa, en la forma ante aludida, se faculta al titular de cualquier pretensión derivada de la futura construcción para solicitarla en nombre del interesado y en base a los documentos oportunos.

18. En caso de que, por la propia mecánica registral, por lo oneroso de la titulación o por otras razones, se estimase excesivo la apertura de folio independiente y la constancia en los libros ordinarios de todos los actos referidos, teniendo en cuenta las vicisitudes que puede sufrir la construcción (con la consiguiente modificación del proyecto y régimen de Propiedad Horizontal primitivos) o los propios contratos (supuesto de transmisión, sucesión, embargo, resolución, etc.), pudiera arbitrarse la fórmula de llevar a un libro especial y auxiliar tales actos, hasta que

por la definitiva terminación de las obras y consolidación del régimen de Propiedad Horizontal y de las transmisiones efectuadas, éstas puedan acceder al Registro a través de su inscripción definitiva.

19. Por iguales razones, atendiendo a la provisionalidad de la protección, que posteriormente se confirmará o no, podría prescindirse, de momento, de la exigencia formal, bastando para extender la anotación —del mismo modo que dispone la ley española para los créditos refaccionarios— el simple documento privado suscrito por las partes, con las circunstancias que reglamentariamente se determinen, acaso ajustado a un modelo impreso, aplazando hasta el momento de la inscripción definitiva la aplicación completa del principio de legalidad, en su doble vertiente de exigencia de la forma pública y minuciosa calificación registral.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA
Registrador de la Propiedad
ESPAÑA

NOTAS

La legislación de reforma y desarrollo agrario y el Registro de la Propiedad

Texto refundido de dicha legislación aprobado por
Decreto-Ley de 12 de enero de 1973

Después de corregidas las pruebas del trabajo «La legislación de reforma y desarrollo agrario y el Registro de la Propiedad. Texto refundido de dicha legislación aprobado por Decreto-Ley de 12 de enero de 1973», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 499 (noviembre-diciembre 1973), páginas 1433 a 1470, se ha publicado la Resolución de la Presidencia del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario de 27 de diciembre de 1973 (*B. O.* de 11 de enero de 1974, Aranzadi número marginal 90), que deroga la Resolución de 31 de enero de 1972.

La nueva disposición introduce algunas novedades o cambios en relación con lo anterior y, por tanto, con el trabajo antes expresado.

En esta nota se pretende actualizar aquel trabajo recogiendo aquellos extremos modificados en cuanto afectan a la finalidad específica del mismo.

Son los siguientes:

Primero.—Ha sido derogada la Resolución de la Presidencia del IRYDA de 31 de enero de 1972 (citada en aquel trabajo) y sustituida por la de 27 de diciembre de 1973, actualmente vigente.

Segundo.—La cifra tope de millón y medio de pesetas señalada en la Resolución derogada para fijar competencias o delegaciones, se eleva, en la Resolución vigente, a *cinco millones* de pesetas.

Tercero.—En el *Director de Administración y en su Director adjunto*, indistintamente, además, de lo expresado en el trabajo indicado, se delega «la enajenación o destino de los bienes innecesarios para los fines atribuidos al Instituto».

No se comprende, en la vigente Resolución, como facultad delegada la del «visado de las certificaciones que se expidan por los Servicios Centrales con referencia al Registro General y Archivo General del Instituto», que se comprendía en la derogada.

Cuarto.—En el *Director y Director Adjunto de Estructuras Agrarias*, indistintamente: Además de las anteriormente expresadas, se recogen en la actual Resolución: en el apartado a) «la autorización de las actas de reorganización de la propiedad, actas complementarias y de rectificación de las de reorganización de la propiedad»; en el b) «la adopción de la resolución a que se refiere el artículo 104 de la Ley en relación con la calificación de tierras en las zonas regables de interés nacional; y por lo que se refiere a otros apartados, «la aprobación de los aprovechamientos forestales en fincas del Instituto y la autorización de los trámites necesarios y las enajenaciones correspondientes a la compra de tierras, ejecución de mejoras de carácter forestal y cualesquiera otros relacionados con la Dirección».

Quinto.—En el *Director y Director Adjunto de Asistencia Económico Social*, indistintamente, se delegan las mismas facultades, sustancialmente, que se indicaban en la anterior Resolución, pero aclarando y completando la del apartado a), por lo que la incluimos ahora íntegramente por la actual Resolución: «A) La concesión o denegación de los auxilios técnicos y económicos que autoriza la legislación vigente, así como la rescisión de los correspondientes contratos cuando la cuantía sea inferior a cinco millones de pesetas. *La firma de los contratos y toda clase de actos jurídicos, aun cuando estén contenidos en escrituras públicas*, y en general, la resolución de todos los asuntos a que dé lugar o que se deriven de la concesión o denegación de tales auxilios, *cualquiera que sea su cuantía*». Comparando el texto vigente con el anterior se observa que, salvo cuestiones de detalle, se ha incorporado ahora la frase «aun cuando estén contenidos en escritura pública» y la de «cualquiera que sea su cuantía», que no figuraban en el texto derogado.

Sexto.—Independientemente de las novedades anteriores en la actual Resolución se comprenden las delegaciones a favor de los Inspectores Regionales y de los Jefes Provinciales del IRYDA, no incluidas en la Resolución que se deroga. Esta delegación se articula del siguiente modo:

A) En los *Inspectores Regionales y Jefes Provinciales del IRYDA*,

en el ámbito de su respectiva competencia funcional y territorial, se delegan las siguientes atribuciones:

- a) La autorización del gasto con cargo a las consignaciones de créditos que apruebe la Presidencia.
- b) La ordenación de pagos.
- c) La disposición, conjuntamente con la Intervención, de los fondos depositados a nombre del Organismo.
- d) La convocatoria, previa autorización, de concursos y subastas para suministros y servicios, así como la compraventa del mobiliario en las mismas condiciones.
- e) La firma de toda clase de actos y contratos, en ejecución de acuerdos previamente adoptados, así como la devolución de las fianzas a que den lugar los dichos contratos.

B) En los *Inspectores Regionales*:

- a) La prestación de equipos mecánicos a Organismos y agricultores hasta el límite de 250.000 pesetas.
- b) La adjudicación a terceros de reparaciones o modificaciones de máquinas por importe inferior a 500.000 pesetas, el alquiler de maquinaria complementaria del Parque y la adjudicación de obras auxiliares de las encomendadas al Parque.

C) En los *Jefes Provinciales*:

- a) La recaudación, previa la fiscalización correspondiente, de los ingresos y recursos del Instituto.
- b) La adjudicación de los solares y, en su caso, de las viviendas y locales destinados, en los poblados construidos por el Instituto, a comercios y artesanías siempre que su valor no exceda de 500.000 pesetas (quinientas mil pesetas).
- c) La adjudicación de las obras de contratación directa, con presupuesto inferior a 5.000.000 de pesetas (cinco millones de pesetas), que hayan de realizarse en el ámbito de su respectiva Unidad.
- d) La tramitación y concesión o denegación de los auxilios técnicos y económicos que autoriza la legislación vigente, en la forma y condiciones que acuerde la Presidencia, así como la aprobación de las entregas de los plazos en que se hayan fraccionado dichos auxilios, dentro de las consignaciones asignadas a cada Unidad.

- e) La designación de los Ingenieros y Letrados que han de actuar como Vocales y Secretarios, respectivamente, de las Comisiones Locales

de Concentración Parcelaria y la aprobación de los proyectos de concentración.

f) El establecimiento de los Planes de cultivo en las zonas de concentración y la forma de posesión provisional y definitiva de las nuevas fincas.

g) La selección de adjudicatarios de fincas aplicando las condiciones fijadas previamente por la Presidencia a tales efectos.

h) La iniciación de los expedientes para la declaración de caducidad de las concesiones.

i) La autorización para los actos de transmisión, división o gravamen de las explotaciones familiares adjudicadas en propiedad.

Las expresadas delegaciones a favor de los Inspectores Regionales y Jefes Provinciales del IRYDA están comprendidas en el apartado 9.º de la vigente Resolución.

Séptimo.—En el apartado 10.º de la vigente Resolución se dispone (de igual forma que lo hacía el 9.º de la derogada) que «Las facultades de representación extrajudicial del Instituto para actos concretos y determinados podrán ser directamente delegadas por el Presidente en cualquier funcionario facultativo de la plantilla del IRYDA.»

Octavo.—En el apartado 11.º de la vigente Resolución se recoge la misma norma que ya contenía la anterior de competencia privativa del Presidente—no obstante la delegación—para cualquier asunto que reclame, en cualquier estado de su tramitación, o que, a juicio del funcionario delegado, deban ser despachados directamente por el Presidente.

Noveno.—Finalmente, el apartado 12.º de la vigente Resolución, contempla, en forma idéntica a la derogada y que recogíamos bajo su epígrafe en la página 1465 de la Revista en el número indicado, las facultades de los *Jefes de Sección del IRYDA*.

CONCLUSION

La competencia de los diversos órganos del IRYDA se completa con la delegación de atribuciones de la Presidencia contenida, por ahora, en la Resolución de 27 de diciembre de 1973, de la que hemos expuesto, en estas notas, fundamentalmente, las modificaciones o novedades en relación con la normativa anterior recogida en el trabajo expresado y que hacen más directa referencia a la finalidad del mismo.

Es posible que se dicten disposiciones aclaratorias o modificativas de las actuales que no son totalmente claras; de una parte, porque al re-

cogerse, en la última Resolución, la delegación de facultades a favor de las autoridades periféricas del Instituto, Inspectores Regionales y Jefes Provinciales, se le otorgan atribuciones, sustancial y hasta literalmente, iguales a las configuradas a favor de los Directores y sus Adjuntos, sin matización de respectiva competencia en algunos de los casos lo que ha de ocasionar dudas y confusiones al calificar si un determinado órgano (sobre todo si es el inferior jerárquico) tiene o no delegadas aquellas funciones que coinciden con las delegadas a favor de otro órgano superior y, en consecuencia, si tiene o no competencia para actuar; y, de otra parte, porque la delegación de atribuciones contenida en la Resolución vigente (lo mismo que la derogada) incide en un casuismo excesivo (sin acogerse, salvo en contadas ocasiones, a fórmulas generales y comprensivas) y siempre surgirá o podrá surgir el acto o contrato que, a pesar del detalle en la enumeración de facultades, no estará comprendido nominativamente en la relación de la norma, lo que provocará la falta de competencia del delegado para actuar en el supuesto.

Estimamos que será, en general, laboriosa la calificación de los títulos en los que aparezca como otorgante o interesado el IRYDA no teniendo, el trabajo ya publicado y estas notas, otra finalidad que la de facilitar, en la medida de lo posible, esa función calificadora del Registrador.

CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO
Seminario D. Hipotecario Extremadura

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

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

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

5. PROPIEDAD HORIZONTAL.—NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD UNA ESCRITURA DE DIVISIÓN MATERIAL DE LOCALES DE NEGOCIO SITOS EN DISTINTOS EDIFICIOS CONSTITUIDOS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, CUANDO AQUELLA ESCRITURA ES OTORGADA POR LA SOCIEDAD INICIALMENTE PROPIETARIA DE LOS EDIFICIOS Y LA DIVISIÓN HA SIDO ACORDADA POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE ESTA SOCIEDAD, SI AL PRESENTARSE AQUEL DOCUMENTO EN EL REGISTRO RESULTAN INSCRITOS ALGUNOS PISOS DE TALES EDIFICIOS A FAVOR DE TERCERAS PERSONAS, SIENDO NECESARIO ENTONCES QUE LA DIVISIÓN SEA ACORDADA POR UNANIMIDAD EN LA JUNTA DE PROPIETARIOS ACTUALES.

Resolución de 22 de octubre de 1973 (B. O. del E. de 8 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—La entidad comercial «Viviendas de Renta Limitada, S. A.» (Virelsa), promovió la construcción de 21 bloques de viviendas de protección oficial en la llamada «Ciudad de los Angeles», del término de Villaverde, hoy Madrid, que se constituyeron en régimen de propiedad horizontal mediante escritura pública otorgada en Madrid el 17 de marzo de 1964, ante el Notario don Enrique Giménez-Arnáu. En reunión celebrada el 2 de septiembre de 1965, el Consejo de Administración de «Virelsa» acordó por unanimidad, con objeto de conseguir un

mejor aprovechamiento, dividir los locales comerciales y sótanos de 21 bloques edificados en cuatro nuevos locales, sin modificar la superficie total asignada a cada uno en el conjunto de cada bloque ni el coeficiente de participación fijado en la escritura de parcelación horizontal. Expedida certificación del acuerdo se autorizó al Director Administrativo y Apoderado de la empresa para comparecer ante el Notario y otorgar la correspondiente acta de protocolización. El 9 de mayo de 1968 se autorizó por el Notario señor Giménez-Arnáu el acta referida, y mediante escritura otorgada el 9 de mayo de 1968 ante el mismo fedatario, se procedió a la división material mencionada de sótanos y locales comerciales.

Presentada en el Registro copia de la anterior escritura junto con otros documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción de la división material de los locales comerciales de los bloques 95 y 98, por el defecto insubsanable de aparecer inscritos a favor de 'Isablo, S. A.', persona distinta de 'Viviendas de Renta Limitada, S. A.' (Virelsa), la que los vendió a aquella Sociedad por escritura de 21 de febrero de 1967, y se inscribieron a favor de 'Isablo, S. A.', el 29 de mayo de 1967.

Denegada la inscripción de la división material de los restantes locales comerciales, por el defecto insubsanable de aparecer inscritos diferentes pisos de cada uno de los 19 bloques a favor de personas distintas de 'Virelsa', por lo cual, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, se precisa, además del consentimiento de 'Virelsa', Sociedad propietaria de los 19 locales comerciales que se dividen, la aprobación de la Junta de Propietarios a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5 de dicha Ley. El acuerdo de la Junta ha de ser adoptado por unanimidad y con la concurrencia de todos los propietarios de cada bloque, según previene la norma primera del artículo 16, observándose lo prevenido en dicha norma para los propietarios que, debidamente citados, no hubieren asistido a la Junta. Tal unanimidad la exigen también los artículos 3 y 5 de la referida Ley.

Aunque en los pisos vendidos por 'Virelsa' no hubiera una segunda transmisión, y todos los titulares registrales de los mismos fueren adquirentes directos de 'Virelsa' y, por tanto, no sean terceros hipotecarios con respecto a esta sociedad, lo que por innecesario no ha sido comprobado por el Registro, no pueden quedar perjudicados por el acuerdo de división material de los locales comerciales adoptado por el Consejo de Administración de 'Virelsa' el 2 de septiembre de 1965, cuando esta Sociedad era la única propietaria de todos los pisos y locales comerciales de los 21 bloques, por no haber sido otorgada ni inscrita en aquella fecha la escritura de división material de cada uno de los locales comerciales en cuatro y, por el contrario, se protocolizó la certificación del acuerdo y se otorgó la división, por acta notarial y escritura de 9 de mayo de 1968, cuando ya habían sido inscritos a favor de otras personas diferentes pisos de cada uno de los bloques 92 a 112, para cuyos compradores, así como para los que inscribieron después del 9 de mayo de 1968, no existe más medio de publicidad que los asientos del Registro de la Propiedad, donde no constaba, al ser inscrita la venta de los pisos, la división material en cuatro de cada uno de los locales comerciales de su respectivo bloque.»

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación, el Presidente de la Audiencia declaró bien denegada la inscripción de la división material de los locales comerciales 95 y 98, por el defecto insubsanable de aparecer inscritos a favor de «Isablo, S. A.», confirmando parcialmente la nota del Registrador, pero no por el defecto insubsanable señalado, sino por el subsanable de falta de aprobación de la división de locales mercantiles por la Junta de Propietarios del inmueble, y la fijación de cuotas de

participación para los titulares de la propiedad de los locales divididos, para cuya aprobación no es necesaria la unanimidad de los copropietarios, sin el simple voto de la mayoría, de conformidad con el apartado 2.º del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, debiendo, en consecuencia, tomarse anotación preventiva de los documentos presentados, a los efectos oportunos.

Y la Dirección General, revocando parcialmente el auto apelado, confirma la nota calificadora del Registrador en todos sus extremos, basándose en los siguientes razonamientos:

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de división material de locales de negocio, acompañada de un acta notarial en la que se protocoliza una certificación del Consejo de Administración de la Sociedad entonces propietaria única de la totalidad del edificio, que transcribe el acuerdo de consentir, con arreglo al artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, el que se dividan los mencionados locales, cuando al presentarse ambos documentos en el Registro aparecen inscritos varios pisos del mismo inmueble a nombre de otros propietarios.

Que la posibilidad de dividir los locales comerciales en otros más reducidos e independiente aparece regulada en el artículo 8 de la Ley, que exige la aprobación de la Junta de Propietarios para que pueda tener lugar y sin que baste el solo consentimiento de los titulares afectados, pues tales actos no son totalmente ajenos a la colectividad, sino que, como subrayó la Comisión redactora del proyecto legal, las divisiones de locales, aparte de que pueden significar alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar al uso de servicios generales, alteran las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas contributivas a la colectividad.

Que, de conformidad con lo antes expuesto, existe una armonía entre el requisito exigido en el mencionado artículo 8 de la Ley y lo establecido, entre otros, en los artículos 5-2.º, 7, 10, 14 y, sobre todo, 15-1.º y 16, pues si no fuera necesario el consentimiento de la Junta de Propietarios para la división de locales podría aumentarse a través de esta operación el número de aquéllos, con lo que resultaría alterado el *quorum* necesario para la convocatoria de Junta, para la validez de los acuerdos o el ejercicio de los correspondientes derechos, en perjuicio de los restantes copropietarios.

Que en el caso concreto de este expediente, de la lectura del documento calificado aparece que la inscripción de las operaciones realizadas se fundamenta en el hecho de que la división material fue acordada por el entonces propietario único que, por tanto, al reunir el total dominio del inmueble podía autorizar tal división; pero dado que al presentar los documentos en el Registro resultan inscritos algunos o la totalidad de los pisos de los edificios a que pertenecen los locales divididos a nombre de terceras personas, surge un obstáculo derivado de los propios libros registrales, que impiden pueda ser tenida en cuenta la certificación expedida por la Sociedad vendedora en fecha anterior a aquellas inscripciones, por las que, como única propietaria de los inmuebles, autorizaba la división de los locales, ya que en base a los principios hipotecarios de exactitud del Registro y prioridad, no pueden desconocerse los derechos de las personas que inscribieron sus títulos con precedencia al de la Sociedad recurrente.

M. A. G.

6 y 7. HIPOTECA CAMBIARIA.—AUN CUANDO EL ARTÍCULO 154 DE LA LEY HIPOTECARIA ESTABLECE PARA LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECAS CON GARANTÍA DE TÍTULOS TRANSMISIBLES POR ENDOSO O AL PORTADOR, QUE ÉSTOS HABRÁN DE SER TALONARIOS, TAL EXIGENCIA SE REFIERE EXCLUSIVAMENTE A LOS TÍTULOS AL PORTADOR Y NO COMPRENDE DENTRO DE SU CONTEXTO A LAS LETRAS DE CAMBIO.

PARA SUPLIR ESTA FALTA DE REGULACIÓN CABE RESEÑAR EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN LOS DATOS Y CIRCUNSTANCIAS DE IDENTIFICACIÓN DE LAS CAMBIALES Y, A SU VEZ, EXPRESAR SUCINTAMENTE EN CADA UNA DE LAS LETRAS LOS DATOS DE CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA BAJO LA FE NOTARIAL.

Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973 (B. O. del E. de 7 y 8 de noviembre).

Por escritura otorgada en Barcelona ante el Notario don Pedro Solís García el 26 de junio de 1972, don Felicísimo Moral Guijarro, casado en régimen de separación de bienes, constituyó hipoteca voluntaria sobre la mitad indivisa de varios apartamentos sitos en Barcelona, calle Puig Gori, número 19, que le pertenecían en pleno dominio, y además sobre la otra mitad indivisa, propiedad de don Juan Caminal Ruf, de quien tenía poder para concertar préstamos y garantizarlos con las fincas a favor de don Alvaro Llabrés Rovira para asegurar el pago a sus vencimientos de varias letras de cambio que se relacionaban, aceptadas por el hipotecante y libradas por el señor Llabrés.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota que en lo que interesa dice literalmente: «No inscrito el precedente documento: 1.º Porque constituyéndose hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso, no se cumplen los requisitos prescritos en los artículos 154 de la Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento, es decir, seis talonarios y tener doble matriz. 2.º Porque en cuanto a la mitad de las fincas hipotecadas propiedad de don Juan Caminal Ruf, no se estima bastante el poder otorgado por dicho señor el día 10 de octubre de 1969 ante el Notario de ésta don José María Piñol Aguadé, que se ha acompañado como documento complementario: a) Por no considerarse incluida la facultad de hipotecar en la fórmula ‘...dando en garantía de dichos préstamos las mencionadas fincas o participaciones indivisas de las mismas’, que emplea dicho poder, debiendo el poder ser especial y bastante, según dice el artículo 139 de la Ley Hipotecaria. b) Porque aunque se considere incluida dicha facultad, lo sería para garantizar préstamos o créditos concedidos a favor del poderdante y no a favor del apoderado, señor Moral, como se deduce del hecho de estar libradas las letras de

cambio que garantiza la hipoteca constituida a cargo del apoderado, que es igualmente el aceptante, constituyéndose, por tanto, en lo que se refiere a la mitad indivisa perteneciente al señor Caminal Ruf, hipoteca por deuda ajena, facultad que no se estima incluida en el poder que se califica. Y no siendo subsanables dichos defectos, no se toma anotación preventiva. Servido este Registro por dos titulares, se hace constar que esta nota calificadora se pone estando de acuerdo ambos funcionarios.»

El nombrado Procurador en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en cuanto al primer defecto señalado por el Registrador, no puede afirmarse que nuestro Derecho no admita la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio, porque es evidente que además de su expresada aceptación por la Ley de Hipoteca Mobiliaria, el artículo 150 de la Hipoteca, así como el párrafo 1.º del 154, se refieren a hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso, dentro de cuyo ámbito queda integrada, como una subespecie o modalidad singular, la hipoteca que la doctrina llama cambiaria; que lo que ocurre es que al regular las condiciones de dicha hipoteca en el párrafo 2.º del mismo artículo 154 y en el 247 del Reglamento, el legislador contempla únicamente los préstamos formalizados mediante la emisión en masa de obligaciones representadas por títulos-valores, razón por la cual habla de la serie o series a que correspondan las mismas y de que los títulos han de ser talonarios o con doble matriz; que esto no quiere decir que rechace o prohíba las hipotecas en garantía de títulos a la orden, de características diferentes y considerados de forma singular, como la letra de cambio, que es el más generalizado y, al mismo tiempo, el más perfecto de los títulos de dicha clase; que sólo es preciso para ello adecuar la citada hipoteca a las peculiaridades de este título-valor, para lo cual han de consignarse en la escritura—como se ha hecho en el presente caso—los requisitos necesarios para que queden claramente determinados los elementos de la relación jurídica constitutiva del derecho real de hipoteca, a la cual le serán aplicables los preceptos de los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria, con las particulares adaptaciones; que salvo la circunstancia de que los títulos sean talonarios y con doble matriz, que, como se ha dicho, sólo es aplicable a emisiones en serie, que fue el supuesto contemplado por la Ley de 1869, que introdujo este tipo de hipoteca, todas las demás condiciones exigidas por los preceptos aludidos son aplicables a la hipoteca cambiaria y se han cumplido directa o análogicamente en el título cuya inscripción ha sido denegada; que así, en cuanto a los elementos personales, las hipotecas han quedado constituidas por el librado aceptante a favor del librador y sucesivos tenedores, con lo que ha quedado cumplido el requisito que exige el último inciso del párrafo 2.º del artículo 154 de la Ley Hipotecaria; que en relación con los elementos reales han quedado claramente señaladas las fincas hipotecadas y sus circunstancias, así como las obligaciones garantizadas y sus particularidades; que en cuanto a la responsabilidad se ha determinado exactamente por principal y costas, excluyendo intereses cuyo no devengo se pacta, lo que hace que la suma reclamada sea siempre idéntica, habiéndose convenido la prohibición de no introducir ninguna modificación en lo estipulado ni aunque mediase mutuo consentimiento; que la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria, sanciona en su artículo 7 la constitución de prenda e hipoteca en garantía de letras de cambio, con los requisitos que establece el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, con cuya explícita referencia queda refutado el argumento de la inaplicabilidad a la cambiaria de los preceptos de la hipoteca en garantía de títulos endosables; que si se admite la hipoteca mobiliaria e incluso la prenda sin desplazamiento en garantía de letras de cambio, no hay razón para rechazar la hipoteca inmobiliaria, más estable; que la práctica notarial y de los

Registros de la Propiedad participan de este criterio; que respecto a la exigencia de poder especial para hipotecar, la ley no obliga específicamente al uso de la palabra «hipotecar», sino que sólo exige «mandato expreso», que es algo distinto; que tampoco la Dirección General entiende que sea indispensable el uso de la citada palabra en los poderes que se otorguen para constituir este tipo de derecho real (Resoluciones de 22 de abril de 1898, 20 de marzo de 1889 y 29 de septiembre de 1965), y que la amplitud del poder conferido por el señor Caminal Ruf al hipotecante, señor Moral, hace improcedente el último efecto señalado, tanto más si se tiene en cuenta que en el mismo Registro se ha inscrito con posterioridad otra escritura de igual clase otorgada por los mismos interesados ante igual Notario y con poder concebido en idénticos términos.

El Registrador informó: Que antes de entrar en el fondo del recurso, señala la falta de personalidad para interponerlo del recurrente, por no tener interés conocido en el asunto, ya que aunque dice ser el tomador o portador legítimo de las letras de cambio garantizadas con la hipoteca, es lo cierto que no demuestra, con la correspondiente cláusula de endoso, la adquisición de las mismas; que aunque pretende acreditar dicha adquisición mediante un escrito en que el librador, don Alvaro Llabrés Rovira, dice que se las endosa, tal transmisión, que no se ajusta a los requisitos formales legalmente establecidos en el Código de Comercio, es inadmisibles; que se trata simplemente de una cesión de dichas letras verificada conforme a las normas de derecho común, a la que serán aplicables las reglas de los contratos; que, por tanto, al no estar demostrado que el remitente sea el tenedor legítimo de las letras, cae por su base la alegada personalidad para interponer el recurso; que a continuación pasa a tratar de las cuestiones de fondo para el caso de que no sea tenida en cuenta la falta de personalidad señalada; que, aunque la letra de cambio sea el título endosable por excelencia, no fue admitida por los legisladores de 1861, por las razones extensamente consignadas en su Exposición de Motivos; que las leyes de 1869 y 1909 introdujeron las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador, que han llegado hasta nosotros con la regulación establecida en los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria, y 211 y 247 de su Reglamento; que a la vista de dicha regulación se nota cómo, tras los requisitos específicamente exigidos, palpitan los temores manifestados por los legisladores de 1861, ya que en la práctica vienen a ser excluidas dada la exigencia de que los títulos sean talonarios, exigencia ampliada por el Reglamento a la doble matriz, que no puede estimarse sea ignorada por el legislador, que la mantiene a través de las varias modificaciones que la Ley Hipotecaria ha sufrido; que esto no quiere decir que los créditos cambiarios no sean susceptibles de ser garantizados hipotecariamente, sino que no pueden serlo mediante este tipo de hipoteca; que no desconoce el informante el estado actual de la doctrina sobre ese punto y la difusión de la letra de cambio como forma de pago de múltiples obligaciones, pero esta moderna problemática no incumbe resolverla al Registrador, que debe atenerse a lo establecido en la ley; que la Dirección General, en las Resoluciones de 10 de noviembre de 1925 y 18 de enero de 1939, mantiene el criterio señalado; que el hecho de que la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión admita este tipo de gravamen, no autoriza a extenderlo al campo inmobiliario, pues si bien la citada ley considera a la Ley Hipotecaria de aplicación subsidiaria a la misma, no ocurre igual a la inversa, deduciéndose así del propio texto de los artículos 7 y 15 de la mencionada ley; que los argumentos del recurrente sobre la determinación de titular, fincas y obligaciones pueden admitirse con carácter puramente científico o constituyente, pero no de manera práctica o legal; que en cuanto a la exigencia de poder especial y bastante, de acuerdo con lo establecido en la Ley

Hipotecaria (art. 139), Código civil (art. 1.713) y Diccionario de la Lengua, así como la doctrina jurisprudencial (Resoluciones de 22 de abril de 1898, 20 de marzo de 1899, 5 de diciembre de 1961 y 6 de diciembre de 1972) y científica, estima insuficiente el conferido al recurrente; que la Resolución de 29 de septiembre de 1965, citada por el recurrente, se refiere a un poder extranjero amplísimo, en el que se dice que no se enumeran concretamente más facultades «para que no se entienda que al enumerarlas las limita»; que en todo caso, la fórmula del poder otorgado podría ser válida para préstamos concedidos a favor del poderdante, pero no tratándose de deudas representadas por letras de cambio libradas a cargo del apoderado aceptante de las mismas, y que se garantizan en su casi totalidad con bienes del primero y sólo en pequeña parte con los que pertenecen a éste, según resulta del análisis global de la escritura calificada; que si el poder ha de ser expreso, especial y bastante para hipotecar en garantía de deudas propias, mucho más debe serlo cuando se trate de deudas ajenas, que aparte las relaciones económicas subyacentes que pudieran existir, podrían encubrir un acto gratuito a que no se extiende el poder calificado, y que en cuanto al hecho de haberse inscrito una escritura similar a la calificada, la autonomía del Registrador en esta materia es absoluta, sin que quede vinculado por calificaciones anteriores.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento informó: Que como observación general hace constar que el poder conferido al señor Moral es el clásico que se otorga por una persona a otra cuando tienen un negocio común y en relación con el mismo, dándose la curiosa circunstancia de que una escritura similar a la rechazada fue presentada al mismo tiempo en el Registro, habiendo sido inscrita con toda normalidad; que entrando en el estudio de los problemas planteados, el primer defecto señalado no debe ser considerado como tal, pues aunque la Ley Hipotecaria se expresa con cierta confusión en los artículos 154 y 156, la doctrina más solvente es unánime en considerar que nuestro Ordenamiento jurídico admite la constitución de hipotecas en garantía de títulos por endoso o al portador y, por tanto, la que asegura el pago de letras de cambio siempre que se realice la oportuna adaptación que olvidó hacer la ley; que tal adaptación ha sido hecha con todo cuidado en la escritura calificada al pactarse que la hipoteca queda establecida en favor del librado y los sucesivos endosatarios tenedores legítimos de las cambiales, precisándose, además, con detalle, las características de la obligación asegurada, su garantía, estabilidad y forma de cancelación; que en cuanto al segundo defecto, el artículo 139 de la Ley Hipotecaria no obliga al uso de la palabra «hipoteca» en los poderes que facultan para constituir tal gravamen, deduciéndose de la legislación, doctrina y jurisprudencia que lo que se exige es que no haya la menor duda de que la voluntad del poderdante autoriza para la citada estipulación, que es lo que ocurre en el caso planteado, y que en cuanto al tercer defecto, no deber ser considerado como tal, puesto que el poder está dado para negocios de poderdante y apoderado y el préstamo con hipoteca convenido es de este tipo, sin que se comprenda que su mayor amplitud pueda restringir sus efectos.

El Presidente de la Audiencia, después de analizar y no estimar la falta de personalidad de la sociedad recurrente alegada por el Registrador en su informe, declaró, en cuanto a una parte, no haber lugar al recurso gubernativo, «si bien, por los medios autorizados en el artículo 216 del Reglamento Hipotecario, podrá hacerse constar la cantidad de que cada porción de finca propiedad indivisa del expresado señor Moral responda, subsanando el defecto de que en otro caso adolecería la constitución del derecho real de garantía; las demás causas que motivaron la denegación de la inscripción, en cuanto a las fincas propias del señor Moral Guijarro,

expresamente se desestiman y, en consecuencia, se ordena al señor Registrador la verifique».

El recurrente se alzó de la decisión presidencial manifestando que la impugnación se dirige contra el extremo del auto por el que se deniega la inscripción de la hipoteca constituida sobre la mitad indivisa, propiedad de don Juan Caminal Ruf, en varios apartamentos de la finca número 19 de la calle Puig Gari, de Barcelona, apoyándose la alzada en las alegaciones hechas sobre tal extremo en el escrito de interposición del recurso y en el informe del Notario autorizante de la escritura, todas cuyas alegaciones se dan por íntegramente reproducidas. Y el Registrador se alzó igualmente del citado auto, disintiendo de los extremos contenidos en dicha resolución en cuanto a la personalidad para recurrir de la sociedad interesada, así como la admisibilidad de la inscripción de la hipoteca en garantía de letras de cambio y respecto a la suficiencia del poder, como asimismo en cuanto al modo de subsanarlo, argumentando: Que no se puede establecer analogía entre la personalidad para presentar documentos a inscripción y la exigida para poder recurrir (art. 6 de la Ley en relación con el 39 de su Reglamento, 112 de éste, y Resoluciones de 21 de enero de 1875, 6 de diciembre de 1879 y 31 de marzo de 1936); que aunque así fuese, la escritura fue presentada por don Eugenio Puig, sin aclarar en nombre de quién solicitaba la inscripción, apareciendo la sociedad por primera vez al entablarse el recurso; que la titularidad del crédito cambiario no se demuestra en el expediente mediante la correspondiente cláusula de endoso puesto al dorso de las respectivas letras, sino en un documento aparte de carácter civil, que, consiguientemente, se rige por las normas comunes de los contratos; que como no consta la aceptación del crédito, cae por su base la personalidad de la sociedad para interponer el recurso; que aunque las letras de cambio sean títulos transmisibles por endoso, no les son aplicables las normas establecidas por el legislador para la hipoteca de títulos de esta clase, que exige que los mismos sean talonarios con doble matriz; que esto no quiere decir que los créditos cambiarios no puedan garantizarse con hipoteca, sino que no pueden serlo mediante la hipoteca prevista para otros títulos endosables de diferentes características; que no desconoce la situación doctrinal del problema y la posible conveniencia práctica de buscar una adecuada solución al mismo; que la Dirección General de los Registros, en dos ocasiones que trató esta cuestión, mantuvo el criterio de exigir el cumplimiento de los requisitos legales en las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso (Resoluciones de 10 de noviembre de 1925 y 18 de enero de 1939); que la admisión de este tipo de hipoteca por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión no justifica que debe serlo también en el campo hipotecario normal, pues si bien la citada ley establece que la hipoteca será de aplicación subsidiaria a lo dispuesto en la misma, no ocurre igual a la inversa; que aunque en la escritura de constitución de la hipoteca se hayan tomado precauciones sustitutivas de la exigencia de que los títulos sean talonarios con doble matriz, tales cautelas no pueden anular la citada exigencia legal; que la redacción del apoderamiento no cumple tampoco el requisito legal de que el poder para hipotecar sea especial y bastante (art. 139 de la Ley Hipotecaria, 1.713 del Código civil y numerosas jurisprudencias), y que siendo toda la deuda que garantiza la hipoteca propia y exclusiva del apoderado, señor Moral, no hay que distribuir responsabilidad hipotecaria, que recae totalmente sobre la finca, sin perjuicio de la automática limitación a la mitad sobre la que se inscriba el gravamen.

Vistos los artículos 461 a 469 del Código de Comercio; 6, 150 y 154 de la Ley Hipotecaria, y 112 y 119 del Reglamento para su ejecución:

Considerando: Que cuestión previa a dilucidar, que de admitirse impe-

diría entrar en el fondo del expediente, de conformidad con el artículo 119 del Reglamento Hipotecario, es la de si la sociedad recurrente tiene personalidad para interponer el recurso, lo que ha de resolverse en el sentido de que, en efecto, carece de tal personalidad, ya que no resulta de los documentos presentados que se encuentre legitimada como titular del crédito hipotecario, por desconocerse la existencia de la cláusula cambiaria de endoso en las letras emitidas, que únicamente puede tener lugar dado el rigorismo del artículo 462 del Código de Comercio con los requisitos y formalidades que en el mismo se establecen y sin que sea suficiente el escrito aportado, en el que se indica se ha verificado, que, en todo caso, no podría tener más valor que el que le reconoce el artículo 466 del mismo Cuerpo legal, y sin que tampoco pueda tomarse en consideración el hecho de que la sociedad recurrente fuese la presentante del título en el Registro, pues es completamente distinta la personalidad para pedir la inscripción en esta oficina, que recoge el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, con la expresamente exigida para interponer el recurso, a que se refiere el artículo 112 de su Reglamento.

Esta Dirección General entiende que procede revocar el auto apelado solamente en cuanto a este extremo, único que se examina.

Por escrituras otorgadas ante el Notario del Puerto de Santa María don Vicente Piñero Carrión, el 9 de diciembre de 1971, don José Luis González Obregón constituyó hipoteca voluntaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la ley, sobre varias fincas de su propiedad, que se describían, en garantía del cobro a su vencimiento de diferentes letras de cambio, que igualmente se relacionaban, en favor de las financieras indicadas; que en la cláusula 6.ª de las escrituras se dice que: «A efectos de la acción hipotecaria, se señala como vencimiento el de las letras de cambio reseñadas. De este modo, cada tenedor podrá ejercitar la acción hipotecaria, con arreglo al artículo 155, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, por el importe de la letra y suma adicional correspondiente por gastos y costas.—1) Vencimiento anticipado: Los tenedores de las cambiales reseñadas podrán ejercitar la acción hipotecaria antes de los expresados términos por estipularse expresamente que quedará vencida la hipoteca en cualquiera de los casos siguientes: a) Si una de las cambiales no fuera satisfecha a su vencimiento y protestada por falta de pago, lo cual dará lugar al vencimiento anticipado de las demás. b) Si el hipotecante no asegurase contra incendios o destrucción el inmueble hipotecado y por un valor no inferior a la suma garantizada. c) Si la finca hipotecada sufriera en cualquier momento, y por cualquier causa, menoscabo o depreciación, que llegase a alcanzar un 30 por 100 del valor que se le atribuye en esta escritura, según informe del Perito que designen los tenedores, y el deudor no aumentase la garantía a satisfacción de los mismos en el término que éstos señalasen. d) Si el hipotecante o cualquier adquirente de la finca hipotecada dejase de pagar puntualmente alguno de los impuestos que la grava o el seguro de incendios, en su caso, o incumpliere los deberes de conservación. e) Por infringir el hipotecante cualquiera de las estipulaciones pactadas en la presente escritura.—2) Serán inmediatamente exigibles las obligaciones si sobre la finca resultase carga o gravamen no declarado en esta escritura, en cuyo caso se considerará también vencida la hipoteca», y que los apartados 1 y 2 de la cláusula 9.ª dicen lo siguiente: «1) Los tenedores de las cambiales garantizadas podrán utilizar el procedimiento regulado en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria.—2) De acuerdo con lo establecido en el artículo 155, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, podrá procederse a la ejecución aislada o parcial de la hipoteca por razón de las cambiales que hayan ido a la ejecución,

subsistiendo la hipoteca respecto de las demás y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario.»

Resultando que presentadas en el Registro primeras copias de las mencionadas escrituras, fueron calificadas por el titular de la oficina con notas del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del título que precede por el defecto que se estima insubsanable, de no aparecer admitida y regulada en nuestro Derecho la llamada hipoteca cambiaria, por cuanto las letras de cambio son títulos de naturaleza diferente a las obligaciones endosables, a que se contrae el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y no reunir los requisitos exigidos imperativamente por dicho precepto y el artículo 247 de su Reglamento, entre los cuales se destaca la necesidad de que siendo talonarios tengan doble matriz, una de las cuales habrá de quedar depositada en este Registro de la Propiedad. En todo caso, subsidiariamente y con independencia de la razón básica y general anterior, se estimarían denegables los pactos contenidos en las estipulaciones sexta, en cuanto regula vencimientos anticipados, y novena, en sus apartados primero y segundo, por ser contrarios a las normas mercantiles y procesales que regulan tales materias. Además, se hace constar, a los efectos oportunos, que, naturalmente, ha de devolverse a este Registro e inscribirse previamente la escritura de agrupación y declaración de obra nueva, que figura presentada y retirada bajo el número 825, al folio 168 del tomo 58 del Diario, con fecha 10 de diciembre último, cuyo asiento está en la actualidad vigente.»

El nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra las anteriores calificaciones y alegó: Que la Ley Hipotecaria de 1861 no dio cabida a las hipotecas por títulos transmisibles mediante endoso; pero más tarde, para atender a las necesidades del comercio, la de 1869 cambió de criterio y reguló este tipo de hipotecas, que completó la Ley de 1909; que a pesar de las diferencias existentes entre las letras de cambio y los títulos-obligaciones endosables, es opinión de la mayoría de los tratadistas que la hipoteca de aquéllas debe comprenderse en la regulación que establecen los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento; que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento confirma tal criterio, al referirse su artículo 7.º a las letras de cambio y remitirse a la regulación establecida en los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria general; que lo dicho debe desvanecer cualquier duda que pudiera tenerse; que la doctrina y la jurisprudencia italiana han resuelto la cuestión en la forma señalada, con la que están conformes la mayoría de los Notarios y Registradores de nuestro país; que la estipulación 6.ª de las escrituras calificadas es perfectamente lícita, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.255 del Código civil, y no contraría, por supuesto, ninguna norma mercantil o procesal, y que la estipulación 9.ª se limita, en su apartado 1.º, a fijar el procedimiento para la ejecución de la hipoteca, autorizado por los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y en el 2.º, a cumplir lo establecido en los artículos 155 de la propia Ley y 227 de su Reglamento, que señalan el procedimiento a seguir para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de los títulos, tanto nominativos como al portador.

El Notario autorizante de las escrituras informó: Que éstas fueron redactadas según minuta presentada por los otorgantes, que fue estimada legal y adecuada para resolver el problema económico y moral que se le presentaba al hipotecante; que no puede afirmarse que nuestro Derecho no admita la hipoteca en garantía de letras de cambio, porque expresamente lo hacen la Ley de Hipoteca Mobiliaria y los artículos 150 y 154 de la Hipotecaria General al referirse a las que se constituyan en garantía de títulos transmisibles por endoso, dentro de cuyo ámbito queda integrada, como una subespecie o modalidad singular, la hipoteca, que la doctrina

llama cambiaria; que lo que ocurre es que el legislador, al regular las condiciones de dicha hipoteca en el párrafo 2.º del artículo 154 y en el 247 de su Reglamento, ha contemplado únicamente los préstamos formalizados mediante la emisión en masa de obligaciones representadas por títulos valores, y por ello habla de serie o series a que correspondan las obligaciones y de que los títulos han de ser talonarios con doble matriz; que esto no quiere decir que rechace o prohíba las hipotecas en garantía de títulos a la orden de características diferentes y consideradas de forma singular, como la letra de cambio, que es el más generalizado y, al propio tiempo, el más perfecto de los títulos de dicha clase; que para ello sólo es preciso adecuar estas hipotecas a las peculiaridades del citado título valor, consignando en la escritura los requisitos necesarios con objeto de que queden claramente determinados los elementos de la relación jurídica constitutiva del derecho real de hipoteca, a la cual le serán aplicables los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria con las oportunas adaptaciones; que salvo la indicación de que los títulos han de ser talonarios y con doble matriz, requisito que sólo es aplicable a la emisión en serie, todas las demás condiciones exigidas por los preceptos aludidos son aplicables a la hipoteca cambiaria y se han cumplido, directa o analógicamente, en los títulos cuya inscripción ha sido denegada; que así, en cuanto a los elementos personales, las hipotecas han quedado constituidas por el aceptante de las cambiales a favor del librador, quien al formalizar las escrituras resultaba ser el primer tenedor de las mismas, señalándose de forma expresa que no se constituye sólo a su favor, sino también al de los sucesivos tenedores o endosatarios legítimos, entendiéndose, conforme permite el artículo 150 de la Ley, que el derecho hipotecario se transferirá con el título sin necesidad de notificación al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro; que de esta forma ha quedado cumplido el requisito del párrafo 2.º del artículo 54 de la Ley Hipotecaria; que igualmente han quedado señaladas las circunstancias que el citado párrafo indica relativas al número y valor de las obligaciones que garantiza la hipoteca, así como el plazo y forma en que han de ser cumplidas, la fecha o fechas de su emisión y las demás que sirven para determinar las condiciones que individualizan las letras; que como la creación de la cambial precede a la constitución de la hipoteca, ya que este derecho real necesita ser inscrito para nacer, no le puede ser anticipadamente aplicable el último párrafo del referido artículo 154, en cuanto exige que en los títulos consten los datos de la inscripción registral de la hipoteca, pero sí las demás exigencias del mismo; que, en consecuencia, se han observado en estas escrituras las previsiones legales necesarias para que queden válidamente constituidas; que, por otra parte, de la lectura de las estipulaciones puede apreciarse que ha existido un especial cuidado en que los tres elementos de la relación jurídica hipotecaria-titular, obligación garantizada y finca queden perfilados de presente y para el futuro con gran claridad, a fin de acercar lo más posible la configuración de estos gravámenes a la hipoteca normal y corriente; que, en resumen, todas estas características de las escrituras calificadas hacen que sean perfectamente viables, estén acomodadas a los preceptos legales y sean inscribibles en el Registro de la Propiedad; que la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 sanciona, en su artículo 7, la constitución de prenda e hipoteca en garantía de letras de cambio, con los requisitos que se establecen en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria General; que, por consiguiente, la misma Ley de Hipoteca Mobiliaria, al referirse a la general, refuta el argumento de la inaplicabilidad de los preceptos de ésta a la constituida en garantía de títulos transmisibles por endoso; que si se admite la hipoteca mobiliaria e incluso la prenda sin desplazamiento en garantía de letras de cambio, no parece lógico que se rechace la seguridad más per-

fecta que supone la garantía inmobiliaria; que al admitir la ley la hipoteca cambiaria, lo único necesario es configurarla de la manera más conveniente mediante la consignación de unas estipulaciones especialmente ajustadas a su naturaleza jurídica, a fin de que su constitución, desenvolvimiento, cancelación y ejecución, en su caso, se efectúe con la mayor eficacia y seguridad; que en relación con la referencia de la nota a la cláusula 6.ª de la escritura, que regula los vencimientos anticipados, procede señalar que el pacto es lícito, tiene su acogida en el artículo 1.255 del Código civil y su uso es frecuente en las escrituras de hipoteca, especialmente en las constituidas a favor de organismos oficiales de crédito, bancos y cajas de ahorro, sin que ello contradiga normas positivas de ningún género; que por lo que atañe a la cláusula 9.ª de las escrituras en su primer párrafo, no existe obstáculo para pactar el procedimiento señalado en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, precisamente porque estas hipotecas se han constituido por un crédito fijo—importe de la letra y costas determinadas—, que se hace constar en la inscripción registral; que las razones por las que la Dirección de los Registros negaba en algunas resoluciones el procedimiento judicial sumario no tienen aplicación a estas hipotecas, sino a las de máximo, en las cuales el crédito garantizado debía probarse y concretarse por medios hipotecarios; que la doctrina hipotecaria más moderna explica que aunque se hubiese constituido el gravamen garantizando no sólo las letras, sino sus posibles renovaciones, es utilizable el procedimiento sumario si se logra el amparo registral de la renovación, bien por medio de certificación bancaria, bien mediante documento público, que se anoten en el Registro; que con ello esta hipoteca no sólo garantiza la primera letra, sino también sus posibles renovaciones, con lo que presta un gran servicio al crédito mercantil; que el argumento de que el párrafo 1.º del artículo 155 de la Ley Hipotecaria se refiere sólo a los títulos nominativos y al portador, implica una interpretación gramatical tan estricta, que racionalmente no puede aceptarse como excluyente de los endosables; que en cuanto al párrafo 2.º de la cláusula 9.ª, aunque se considere que la hipoteca es única por todas las letras en conjunto, hay que considerar aplicable el párrafo 2.º del artículo 155 de la Ley Hipotecaria, por encontrarnos ante un crédito mancomunado, en el que cabe la ejecución aislada o parcial de las cambiales con subsistencia de la hipoteca con respecto a las demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario, debiendo preverse en las escrituras este extremo, como así se ha hecho; que la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio está plenamente admitida por la doctrina y la práctica mercantil española y se halla extendida por todas las regiones, especialmente en las industriosas comarcas catalana y levantina; que incluso el mismo Notario informante ha autorizado alguna en su anterior residencia, que se inscribió sin dificultad en el Registro Mercantil correspondiente, y que si bien es misión de la doctrina y, en especial, de la jurisprudencia procurar que lo moralmente lícito y conveniente sea legal, también corresponde esta misión al jurista práctico, enraizado en la vida, que es siempre más variada que la ley, por lo que el Notario, al autorizar actos y contratos, debe buscar, al amparo de las normas legales, que las situaciones que se repiten en la práctica profesional alcancen su plena validez y lleguen algún día a conseguir su regulación legislativa, como pone de manifiesto la Resolución de 16 de junio de 1936, que resalta la conveniencia de facilitar la constitución de estos tipos de hipoteca, que suponen un gran beneficio social.

El Registrador interino del Puerto de Santa María informó: Que a la vista de los artículos 154 de la Ley Hipotecaria; 247 de su Reglamentación, y 21, número 10; 186, y 200 del Código civil, resulta clarísimo, por lo que no hay lugar a otra interpretación, que la hipoteca regulada por el primer

precepto citado es la constituida en garantía de obligaciones hipotecarias transferibles por endoso o al portador, cosa distinta de las cambiales; que no existe ninguna Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre algún caso igual al planteado; pero las de 10 de noviembre de 1925 y 18 de enero de 1939 puntualizan las claras diferencias existentes entre las citadas clases de hipoteca; que la doctrina científica ha señalado también las diferencias que hay entre la hipoteca de letras de cambio—con los problemas que supone su descuento—y la de otros títulos a la orden o al portador; que la regulación legal de las hipotecas en garantía de obligaciones transferibles por endoso o al portador, más que a necesidades del comercio se debió al hecho de haberse dictado previamente una Orden reguladora de las inscripciones de ferrocarriles y demás obras públicas, como asimismo del procedimiento por el que habría de regirse su ejecución; que la referencia al artículo 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria es improcedente, pues supone prescindir de la trascendental diferencia existente entre leyes generales y especial; que a mayor abundamiento, la citada ley especial se remite a la general en caso de insuficiencia de sus preceptos y en cuanto sea compatible con la naturaleza de los bienes muebles y lo prevenido en su regulación específica; que la alusión genérica a la doctrina de jurisprudencia italiana tampoco es oportuna, por ser su sistema hipotecario distinto al nuestro; que aunque haya Notarios que autoricen escrituras del tipo de las calificadas y Registradores que las inscriban, ello no es costumbre en el lugar de su residencia; que las normas reguladoras de las letras de cambio son intangibles, por lo que no pueden pactarse estipulaciones contrarias a las mismas, referentes a vencimiento y pago, que afecten a terceros, como se hace en las escrituras calificadas; que el artículo 1.255 del Código civil no puede amparar tales cláusulas, más si se tiene en cuenta lo dispuesto en el 1.257 de que los contratos sólo producirán efectos entre las partes contratantes y sus herederos; que respecto al procedimiento establecido para la ejecución sumaria de la hipoteca, hay que tener en cuenta que la garantía no puede derogar las características propias de este título cambiario, entre ellas, que el aceptante puede oponer todas las excepciones que le asistan al exigírsele jurídicamente su pago, y que se trata de un documento transmisible sin el menor control de firmas y con posibilidad de existir varios ejemplares, duplicados de la letra, etc., y, finalmente, que, ratificándose en su denegación, reconoce la brillantez del alegato del Notario autorizante de las escrituras y la conveniencia de una regulación específica de materia tan compleja.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por recurrente y Notario, y el nuevo titular del Registro se alzó de la decisión presidencial haciendo suyas las notas calificatorias de su predecesor y el informe del Registrador interino, insistiendo en la falta de regulación de la llamada hipoteca cambiaria, en la necesidad de dar auténticas garantías el tráfico jurídico y en que la reiteración de ciertos usos no puede enervar la vigencia de preceptos legales destinados a reglamentar especiales figuras del derecho real de hipoteca.

Vistos los artículos 444 del Código de Comercio; 150, 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, y 247 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de este Centro de 10 de noviembre de 1925 y 16 de junio de 1936.

Considerando que la cuestión central planteada en la nota de calificación obliga a resolver, en primer término, si cabe encuadrar en la práctica de nuestro ordenamiento jurídico la hipoteca constituida en garantía de letras de cambio, no obstante aparecer explícitamente reconocida su admisibilidad, con posibilidad hasta ahora meramente teórica en los artículos 150 y 154 de la Ley Hipotecaria y en el 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

Considerando que indudablemente este tipo de hipoteca ofrece, dentro de las hipotecas en garantía de títulos de crédito, especiales peculiaridades debidas a las características del mismo crédito garantizado, puestas de relieve en diversas resoluciones de este Centro, como pueden ser, entre otras, y sólo a título de ejemplo, la indeterminación del acreedor hipotecario, que no resulta de los libros registrales, y que será el tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos que hayan podido realizarse o a través de las incidencias derivadas de la renovación de la cambial, o, por último, las que pueden presentarse en la fase de ejecución y, en general, una falta de evidencia si no se ha matizado o regulado bien la garantía, que puede inducir a error a los terceros y tenedores de las citadas letras de cambio.

Considerando que, por todo lo expuesto, no es extraño que hayan sido vistos con cautela y disfavor por esta Dirección General los contados casos en que se ha planteado en recurso gubernativo su inscribibilidad, sin perjuicio de, no obstante, reconocer, también en un plano de mayor generalidad, como ya declaró la Resolución de 16 de junio de 1936, lo conveniente que fuera facilitar la constitución de estas hipotecas en atención a las exigencias del tráfico mercantil, con una prudente flexibilidad, «porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo; a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño en la economía nacional».

Considerando, por tanto, que siempre que no se produzca una infracción de las normas legales y, por otra parte, resulten salvaguardados los principios hipotecarios—lo que no sucedía en los casos examinados por este Centro con anterioridad a este expediente—, no debe haber obstáculo para que, en principio, pueda inscribirse una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente, ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y Registradores, que, como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho a través de su actividad creadora y calificadora, al confirmar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal.

Considerando que examinado ya el defecto de carácter general de la nota, procede pasar al examen de los más particularizados, a saber: a) La necesidad de dar cumplimiento al depósito en el Registro del libro-talonario, mencionado evidentemente para otro supuesto más general en el artículo 154 de la Ley; b) la no inscribibilidad del pacto que establece el vencimiento anticipado de la hipoteca si se deja de satisfacer una de las letras de cambio, y c) la posibilidad de que en este caso concreto pueda ser ejercitado el procedimiento judicial sumario del artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

Considerando que aun cuando el artículo 154 de la Ley Hipotecaria establece para la constitución de hipotecas con garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, que éstos habrán de ser talonarios, no hay duda que tal exigencia no cabe respecto de las letras de cambio, dados los términos del artículo 444 del Código de Comercio, así como tampoco cabe el hacer constar los restantes requisitos de identificación, como la serie, amortización, etc., ya que la incompatibilidad entre ambos textos legales es tan manifiesta que claramente indica que el artículo 154 de la Ley se refiere exclusivamente a los títulos al portador y no ha podido comprender dentro de su contexto a las letras de cambio, pese a resultar mencionadas, y, en su consecuencia, lo que cabe hacer por vía de analogía, para suplir esta falta de regulación, es reseñar en la escritura de

constitución los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales, tal como se ha hecho en el documento calificado, y, a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro.

Considerando, en cuanto al pacto contenido en la estipulación 6.ª, acerca del vencimiento anticipado de la hipoteca, si no se satisficiera una de las cambiales, es indudable que, dado el carácter imperativo que tienen las normas de derecho cambiario, fundamentado en la protección de los derechos en juego, parece que tal pacto entre librador y librado puede afectar a los derechos del principal interesado, el tenedor—que en este caso es, además, acreedor hipotecario—, ya que no hay que olvidar que al tener cada letra una vida independiente de las restantes y poder ser o no endosable, lo que puede dar lugar a la existencia de distintos tenedores, podrían éstos ignorar que por falta de pago de una letra de vencimiento anterior, la hipoteca había quedado vencida, todo lo cual desautoriza inscribir un pacto de esta clase, si bien siempre podrá el presentante solicitar la aplicación del artículo 434-2.º del Reglamento Hipotecario y que se inscriba el título sin comprender el contenido de la cláusula que se rechaza.

Considerando, en cuanto al último de los defectos subsidiarios señalados en la nota, es decir, el pacto de utilizar el procedimiento judicial sumario para hacer efectiva la acción hipotecaria, que el artículo 155 de la Ley mencionada sólo en los casos de títulos nominativos y al portador, pero silencio respecto del supuesto de títulos a la orden, y que puede presentar la dificultad, puesta de relieve en la Resolución de 16 de junio de 1936, acerca de la determinación de la cantidad a reclamar, no parece haya de estimarse como tal defecto en este caso, puesto que en la cláusula 9.ª de la escritura, donde se establece el susodicho pacto, se determina con exactitud dicha cantidad básica sin posibilidad de variación y sin necesidad de acudir a medios externos para su determinación, y al constar en los libros registrales, tienen los terceros conocimiento exacto de la misma.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado, salvo en lo relativo a la cláusula 6.ª de la escritura, cuya instrucción no procede.

COMENTARIO.—Las exigencias del tráfico mercantil, unidas a la necesidad de dotar de una mayor cobertura de seguridad o de solvencia a la letra de cambio para lograr su «buen fin», han hecho surgir la figura de la hipoteca cambiaria, como creación atribuida a la iniciativa de la práctica bancaria. No es propio de este comentario entrar en el examen de las aportaciones de la doctrina respecto de la expresada figura, ni en los variados problemas que la misma plantea derivados de la compleja naturaleza y efectos de la letra de cambio, pero sí en el de afrontar el tema de la determinación de su viabilidad en nuestro Derecho positivo, puesta en entredicho por la letra de los artículos 154 de la Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento. En este sentido, las dos Resoluciones que anteceden contienen sendas notas calificatorias que deniegan la inscripción de esta modalidad de hipoteca, en base a que no se ajusta a los requisitos legales y reglamentarios, entre ellos, la exigencia de que los títulos garantizados sean talonarios y tengan doble matriz, características que no concurren en la letra de cambio, y por no aparecer admitida y regulada en nuestro Derecho la llamada hipoteca cambiaria, por cuanto las letras de cambio son títulos de naturaleza diferente a las obligaciones endosables, a que se contraen los citados preceptos.

En consecuencia, ambas notas calificatorias concretan la cuestión en

el sentido de que la hipoteca cambiaria, pese a que la letra es por naturaleza el título endosable más completo, se encuentra fuera de la regulación establecida para las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso, lo cual nos obliga a examinar la finalidad perseguida por esta modalidad de hipoteca.

El antecedente de la misma está representado por el artículo 82 de la Ley de 1869, que regulaba únicamente la cancelación de las hipotecas constituidas con el objeto de garantizar títulos transmisibles por endoso, y exigía para que aquella tuviera lugar la presentación de la escritura otorgada por los que hubieren cobrado los créditos, en la cual debía constar la inutilización de los títulos endosables o la solicitud firmada por los interesados acompañada de los títulos taladrados. Parece, por tanto, que la preocupación de la Ley de 1869 se basaba en obtener la plena certeza de que los títulos garantizados eran los auténticos a los efectos de la cancelación de la garantía. En la fase preparatoria de elaboración de la Ley de 1909, concretamente en el proyecto presentado por el Ministro de Gracia y Justicia, don Juan Armada López, se pretende suplir el vacío de la Ley anterior, y a tal efecto se establece una norma exactamente igual en su redacción al artículo 154 de la Ley vigente, excepto en cuanto a la exigencia de que los títulos habrán de ser talonarios. Es decir, con arreglo a aquella redacción, la hipoteca cambiaria no ofrecería obstáculo para su admisión en el Registro, puesto que en dicho proyecto no se hablaba de doble matriz ni de títulos talonarios. Sin embargo, la redacción definitiva del artículo 154 de la Ley de 1909, por contemplar fundamentalmente la figura de la emisión de obligaciones y con objeto de acreditar la certeza de los títulos emitidos y garantizados con hipoteca, exigió el carácter de talonarios a los títulos, por ser éste un requisito necesario según el Código de Comercio. La incorporación puramente accidental de este nuevo requisito se desarrolló por el Reglamento, en el sentido de que los títulos tuviesen doble matriz. Ambas exigencias fueron indudablemente lógicas, ya que era imprescindible acreditar que los títulos que forman la emisión son susceptibles de plena identificación en vista de todas las consecuencias registrales que de la hipoteca en garantía de los mismos pueden derivarse. Por ello se precisaba que en la escritura de hipoteca se presentase, por la persona o entidad deudora, al Notario autorizante, la totalidad de los títulos que constituyesen la emisión, formando cuaderno o cuadernos talonarios, en los que los expresados títulos no hubiesen sido aún separados de sus respectivas matrices, requisitos que, como queda indicado, han pasado a la legislación vigente.

Por el contrario, la letra de cambio, por su propia naturaleza, es un título eminentemente formal y susceptible de perfecta identificación. Sus requisitos legales imprescindibles se concretan en el artículo 444 del Código de Comercio, en el sentido de que la falta de uno de ellos es suficiente para que el documento pierda su condición de cambial, y su total identificación, a los efectos de la hipoteca, tiene lugar a base de reseñar en la escritura todos los datos y circunstancias que contribuyen a individualizar e identificar las cambiales, y, además, como indica la Dirección siguiendo la práctica notarial, con la garantía que supone que los datos de constitución de hipoteca se consignen bajo fe notarial en cada una de las letras garantizadas. Con ello se cumple, indudablemente, la finalidad de identificación de los títulos garantizados con hipoteca, perseguida por la ley, y huelga la exigencia del carácter talonario y doble matriz de los títulos, que aparte de no acomodarse a los requisitos formales de la letra de cambio, nada nuevo añadiría a los efectos de su identificación. Es, pues, forzoso admitir la viabilidad de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho, como figura integrada en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, dentro de la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso.

Además, este criterio se refuerza si tenemos en cuenta que los bienes que pueden hipotecarse en garantía de las letras pueden ser de naturaleza mueble o inmueble, dando lugar a las figuras de la hipoteca mobiliaria e inmobiliaria. Esta última es la rechazada en la nota de los Registradores, según las Resoluciones que anteceden, mientras que la primera se encuentra específicamente admitida por el artículo 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, que permite la constitución de hipoteca en garantía de letras de cambio y con sujeción a los requisitos establecidos en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria.

Admitida, por tanto, la posibilidad de la hipoteca cambiaria inmobiliaria, resulta que la misma tampoco ofrece dificultades de encaje en nuestro Derecho positivo, ya que de los elementos básicos que integran la relación hipotecaria solamente uno, la determinación del titular, es el que no se produce en esta modalidad de hipoteca; pero ello tampoco supone obstáculo, puesto que la garantía se constituye a favor del tenedor de la letra y de los sucesivos endosatarios o tenedores legítimos de la misma.

Ahora bien, en las Resoluciones anteriores hay, a nuestro juicio, una cuestión de gran interés, que la Dirección resuelve en el sentido de «no considerar inscribible el pacto relativo al vencimiento anticipado de la hipoteca, si no se satisficiera una de las cambiales, con lo que plantea el problema de determinar si tal vencimiento anticipado puede producirse en los restantes casos estipulados en la escritura, entre ellos: el de no asegurar el hipotecante contra incendios o destrucción el inmueble hipotecado, depreciación superior al 30 por 100 de la finca hipotecada, falta de pago de impuestos que la graven, infracción de estipulaciones pactadas, etc.».

Para resolverla es necesario matizar alguna de las características que concurren en la hipoteca cambiaria, en la que confluyen normas de Derecho hipotecario y normas imperativas de Derecho cambiario. En primer lugar, cuando la hipoteca cambiaria se constituye en garantía de varias letras de cambio, parece que nunca podrá hablarse de hipoteca única en garantía de diversas cambiales, sino de tantas hipotecas como letras, y ello debido a que cada cambial especificará necesariamente, según el artículo citado 444, «la cantidad que el librador manda pagar», es decir, el importe por el cual se libra, lo cual supone siempre distribución de la responsabilidad hipotecaria. Estas diversas hipotecas habrán de ejecutarse, en su caso, a medida que se vayan produciendo los respectivos vencimientos de las letras—artículos 455 y 488 del Código de Comercio—, acreditados mediante los oportunos protestos—artículos 502 y siguientes del Código de Comercio—, pero sin que el impago de una letra y la denuncia de este hecho mediante su protesto pueda provocar el vencimiento de las demás, ya que se trata, como hemos visto, de hipotecas independientes en garantía de letras con determinados vencimientos.

Finalmente, si se tiene en cuenta que las normas de Derecho cambiario son de carácter imperativo, y éstas contemplan únicamente el supuesto de protesto y vencimiento por falta de aceptación y falta de pago, es forzoso suponer que mientras tal protesto no se produzca, no pueda adelantarse el vencimiento de cada letra ni, en consecuencia, pactarse su vencimiento anticipado por causas ajenas al puro Derecho cambiario. También, llegado el momento de ejecución de una letra, subsistirán las hipotecas en garantía de las restantes, con arreglo a los artículos 155 de la Ley Hipotecaria y 227 de su Reglamento.

E. F. C.

8. NO ES INSCRIBIBLE LA VENTA DE UNA «CASA BARATA» ANTES DE TRANSCURRIDOS LOS CINCUENTA AÑOS DESDE SU CALIFICACIÓN, SI NO HA SIDO OBJETO DE DESCALIFICACIÓN O SE VERIFICA CON LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DE DICHAS VIVIENDAS.

Resolución de 27 de octubre de 1973 (B. O. del E. de 12 de noviembre).

Antecedentes de hecho.—Don José y don Vicente Colomer Gil vendieron la totalidad de la casa número 15 de la calle Matías Montero, de Játiva, a don Juan Ordiñana, mediante escritura autorizada por el Notario de dicha ciudad don Emilio Garrido Cerdá, el 16 de diciembre de 1971. El inmueble, que habían adquirido por herencia de su padre, tenía la calificación de «casa barata», constando en el Registro esta calificación y las restricciones de ella resultantes.

Presentada la escritura de venta en el Registro de la Propiedad de Játiva, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentada a las diez horas de hoy, con el número 1.686, del Diario 36, no se practica inscripción alguna porque se trata de venta de casa barata y no se ha obtenido previamente su descalificación. En efecto: 1.º Aunque el Decreto 2131/1963, de 24 de julio, aprobando el texto refundido de la legislación sobre viviendas de protección oficial, deroga el Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924 sobre casas baratas, ello es sin perjuicio del régimen transitorio establecido por dicho texto refundido, en el cual figura la disposición transitoria 4.ª, que dice: 'Las viviendas calificadas definitivamente con arreglo a cualesquiera de los regímenes que por esta ley se derogan, se someterán al régimen de uso, conservación, aprovechamiento y al sancionador establecido en esta ley, haciéndoles extensivo, en cuanto al plazo de duración de este régimen de uso, conservación, aprovechamiento y al sancionador, la excepción a que se refiere la disposición transitoria 3.ª'. De donde se infiere que en todo lo que no atañe al uso, conservación, aprovechamiento y sancionador, se estará a lo que determine la calificación definitiva. Por tanto, sin previa descalificación o sin que transcurran los cincuenta años de la calificación de casa barata (disposición transitoria 3.ª), no se puede vender libremente sin los requisitos exigidos por la legislación especial de casas baratas. 2.º A mayor abundamiento, el Decreto de 31 de marzo de 1944 sobre normas de descalificación, no aparece entre las varias disposiciones derogadas explícitamente por el citado texto refundido. Y, consiguientemente, de hecho, esas descalificaciones vienen concediéndose por la Administración Pública. No se practica tampoco anotación preventiva por no haberse solicitado, siendo así que el defecto se subsanaría con sólo lograr la descalificación. Játiva, 1 de abril de 1972.»

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la expresada calificación y alegó: Que en la legislación sobre casas baratas, amplia y un tanto confusa, constituía su texto fundamental el Real Decreto de 10 de octubre de 1924, que en sus artículos 10 y 11 prohi-

bía su enajenación durante un período de cincuenta años; que el Decreto del Ministerio de Trabajo de 31 de marzo de 1944 dictó normas sobre desvinculación de viviendas protegidas, casas baratas y similares, y de él se deducía que la desvinculación facultaba al titular para venderlas, sistema que se utilizaba en la práctica, refrendado por la actuación de organismos oficiales; que con plausible criterio simplificador, el legislador dispuso, al promulgar la vigente legislación sobre viviendas de protección oficial, que: «Sin perjuicio del régimen transitorio establecido en las disposiciones anteriores, quedan derogados cuantos preceptos legales y reglamentarios se opongan a lo dispuesto en esta Ley y en especial las Leyes y Decretos que a continuación se relacionan: ...Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, de casas baratas...» (disposición final derogatoria del texto refundido de la Ley, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963); que el Decreto del Ministerio de la Vivienda de 24 de julio de 1968, que aprobó el Reglamento de la anterior Ley, incluyó también en un anexo, entre las disposiciones derogadas, diversas normas sobre casas baratas, entre ellas, el Decreto de 31 de marzo de 1944, sobre desvinculación de casas baratas, económicas y similares; que en un segundo anexo, referente a disposiciones que quedaban vigentes, no se menciona ninguna norma sobre casas baratas; que por ello hay que concluir que en la actualidad toda la legislación relativa a casas baratas ha sido derogada por la Ley de 1963 y su Reglamento de 1968, quedando sólo por examinar el alcance de la frase «sin perjuicio del régimen transitorio establecido en las disposiciones anteriores...», empleada en la cláusula derogatoria de la Ley de 1963; que para juzgar el alcance de esta frase hay que contemplar el conjunto de las disposiciones transitorias, entre las cuales, la tercera se refiere a los expedientes en curso, cuyo régimen continuará siendo el anterior, y la cuarta, a las viviendas calificadas definitivamente, cuyo régimen de uso, conservación y aprovechamiento, así como el sancionador, será el establecido en la nueva legislación durante el plazo de su duración; que la interpretación correcta de esta norma debe ser que la nueva legislación es aplicable totalmente a las antiguas casas baratas, excepto en lo referente al plazo, que continuará siendo el primitivo; que así viene a confirmarlo la disposición transitoria tercera del Reglamento, al decir que «las viviendas calificadas definitivamente con arreglo a cualquiera de los regímenes derogados por la Ley de Viviendas de Protección Oficial, se someterán al régimen de uso, conservación y aprovechamiento y al sancionador establecido en la misma y en este Reglamento, considerándose como viviendas de protección oficial a todos los efectos, sin otra excepción que el plazo de duración de dichos regímenes será el establecido en las respectivas calificaciones, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación anterior», y que como fundamentos de derecho señala la disposición transitoria cuarta del Decreto de 1963 y la tercera del Reglamento de 1963.

El Registrador informó que está conforme con lo expresado por el Notario recurrente sobre la confusa legislación de casas baratas; que el Decreto de 31 de marzo de 1944 facultaba a los titulares de casas baratas para enajenarlas previa descalificación, y este requisito era exigido en los Registros para inscribir la venta de las mismas; que tal Decreto no fue expresamente derogado por el texto refundido de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963, pero, sin embargo, aparece entre las disposiciones explícitamente derogadas por el Decreto de 1968, que aprobó el Reglamento para la aplicación de la anterior Ley; que esto constituye, evidentemente, un fuerte argumento en el escrito del Notario recurrente, constituyendo, por otro lado, un chocante contrasentido que el mismo Ministerio, que declara derogada una norma, continúe dictando órdenes de descalificación de casas baratas; que como en el presente caso no se trata de un expediente iniciado al amparo de la

legislación anterior sin que hubiera recaído en el mismo Resolución definitiva, estamos ante el supuesto de vivienda calificada definitivamente, que encaja en la disposición transitoria cuarta de la Ley de 1963, por lo que le son aplicables las normas de la misma referentes al uso, conservación y aprovechamiento, así como el régimen sancionador, pero no todo el régimen jurídico de las viviendas de protección oficial, como pretende el recurrente; que si el legislador hubiese querido hacerlo así lo hubiera dicho claramente, lo que resultaba más sencillo; que si les fuese aplicable todo el régimen de la nueva legislación, no tendría sentido hablar del plazo anterior, ya que durante él no le sería aplicable nada de la antigua legislación; que cumpliendo el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ha examinado el contenido del Registro en relación con la finca cuya inscripción se pretende y, entre otros asientos, encontró la inscripción 3.ª al folio 108 del tomo 40 de Játiva, fechada el 7 de septiembre de 1961, que, entre otras cosas, dice: «Esta finca queda sujeta a las prescripciones contenidas en la legislación de casas baratas y especialmente a lo determinado en el artículo 10 del Real Decreto de 10 de octubre de 1924 y Decreto de 31 de marzo de 1944, ante la imposibilidad de ser transferida a título distinto de herencia o donación, sin autorización del Ministerio de la Vivienda, en un plazo de cincuenta años, a contar desde el 11 de julio de 1934»; que la inscripción 4.ª agrega que «la presente finca viene sujeta a las prescripciones contenidas en la legislación de casas baratas», y que será discutible si esas frases debieron o no consignarse en el Registro, pero es evidente que una vez que constan escritas, el Registrador debe tenerlas en cuenta, y más en un caso dudoso, como el presente, pues según el artículo 1, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, «los asientos del Registro están bajo la salvación de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, a los que agregó que ante las dificultades de la inscripción, el comprador pidió al vendedor que solicitase la descalificación, que éste así lo hizo y que la Administración contestó que quien debía pedirla era el nuevo titular presentando la escritura debidamente inscrita a su favor, de donde resulta que no se inscribe si no está previamente descalificada, y no se descalifica si no está previamente inscrita, lo que constituye un problema insoluble.

Y la Dirección General (1) resuelve la apelación acordando confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador en cuanto al apartado 1.º, único objeto del debate, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Al haber modificado el funcionario calificador su nota, que queda reducida a su apartado 1.º, este expediente se limita a determinar si para inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de venta, en la que el objeto transmitido es una de las llamadas antiguamente casas baratas, se requiere o no que se obtenga su descalificación a través del procedimiento administrativo correspondiente.

Dentro de la abigarrada legislación sobre viviendas de protección estatal, y para tratar de unificar las situaciones derivadas de la variedad existente, la Ley de 24 de julio de 1963, completada por el Reglamento de 24 de julio de 1968, derogaron, entre otras, las disposiciones dictadas sobre casas baratas—Decreto-Ley de 10 de octubre de 1925—, así como la relativa a su desvinculación—Orden de 10 de mayo de 1944—, y sometieron a las viviendas que se encontraban en este caso—según la disposición

(1) VISTOS: El Real Decreto de 10 de octubre de 1924; el Decreto de 24 de julio de 1963, que contiene el texto refundido y revisado de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, el Reglamento para su aplicación de 24 de julio de 1968.

transitoria cuarta—al régimen de uso, conservación, aprovechamiento y sancionador que en la misma Ley se establecía.

De la lectura del anterior precepto resulta evidente que no cabe incluir la totalidad del régimen jurídico de las llamadas casas baratas dentro de la Ley de 1963, ya que ésta sólo afectará a los términos en que casuísticamente se expresa su mencionada disposición transitoria cuarta, sin que quepa ampliarlo a otros supuestos no enumerados en la norma legal, entre los cuales se encuentra el régimen relativo al poder de disposición, que salvo en los casos autorizados de donación y herencia habrá de requerir, en consecuencia, la previa descalificación de la vivienda, para poder ser transmitida legalmente.

COMENTARIO.—El Notario recurrente y el Registrador informante están conformes en una cosa: en que la legislación sobre casas baratas es confusa. El Centro directivo califica de abigarrada la legislación sobre viviendas de protección oficial. En realidad, el confusionismo y las complicaciones derivan de que la evolución de la legislación de protección oficial de viviendas ha seguido criterios muy cambiantes, lo que hace imposible todo sistema razonable de Derecho transitorio. Las disposiciones transitorias de la legislación vigente son muy deficientes, pero lo son inevitablemente. Sólo el transcurso del tiempo y el olvido de las normativas antiguas puede ir lentamente salvando las lagunas de las disposiciones transitorias.

Entre tanto no dejan de surgir problemas, como el planteado en el presente recurso. En él, el Centro directivo acaso ha concedido poca importancia a la aseveración que el Notario recurrente hace en el escrito de alzada. Si es verdad que la Administración contestó al vendedor que la descalificación debía pedirla el comprador presentando su escritura inscrita, de no cambiar la Administración de criterio a la vista de la Resolución de la Dirección, el drama de los señores Colomer y Ordiñana sigue sin desenlace (2).

También es posible que algún problema fiscal pudiera aparecer en nuestro caso, como en todos los referentes a la aplicación de las disposiciones transitorias, tanto de la legislación de viviendas de protección oficial como de la fiscal conexas, con sus confusas referencias al principio de los derechos adquiridos. Pero, al menos del recurso, no aparece ningún indicio para suponer que en las dificultades surgidas la cuestión fiscal anduviese por medio.

En estudios realizados por algunos Colegios Notariales sobre la vigente legislación de viviendas de protección oficial se llegó a la conclusión de que las casas baratas, durante su periodo de vinculación, continúan sujetas a la prohibición de embargo y enajenación a título distinto del de herencia o donación, en los términos del Real Decreto-Ley de 1924; que el Instituto Nacional de la Vivienda puede conceder autorización para la venta, al amparo del artículo 119 del vigente Reglamento, si existen razones de necesidad notoria, y que de no concurrir éstas se ha de pedir la descalificación, conforme al 147. En lo que no hubo, al parecer, unanimidad en estos estudios fue en los efectos y consecuencias de la venta anterior a la descalificación. Unos se muestran partidarios de la solución tradicional (nulidad de la venta por el artículo 10 del Decreto-Ley de 1924, en relación con el artículo 4 del Código civil; Resolución de la Dirección

(2) En efecto, la escritura otorgada por los señores Colomer y Ordiñana se encontraba "tan perdida como el alma de Garibay, que no la quiso ni Dios ni el diablo": el Registro la rechaza por falta de descalificación y la Administración quiere que ésta la pida el comprador después de inscribir.

de 11 de abril de 1962, que la declaró no inscribible (3), y doctrina general del Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de octubre de 1954 y 27 de mayo de 1959). Otros, al estar derogadas las disposiciones base de esta solución, creen que la venta será válida, aunque sancionable administrativamente (art. 153 del Reglamento vigente). Menos defensa tiene el que la venta sea, a la vez, nula y sancionable, y acaso la solución más justa, aunque contenga los inconvenientes de separar lo obligacional y lo real en un sistema que en muchos aspectos lo involucra, sea el mantener la validez de la venta en el aspecto obligacional, y la nulidad en el aspecto traslativo del dominio, por chocar con la prohibición de disponer registrada o no, solución que permite salvar el inconveniente de la sanción administrativa (para un acto de calificación jurídica tan dudosa, incluso para los expertos), y, por otra parte, presenta la ventaja de vincular a vendedor y comprador, en tanto se tramita el expediente de desvinculación, y evita la injusta consecuencia de que la muerte de alguno de los contratantes origine la desvinculación firme y la venta frustrada.

Todo lo demás resulta expuesto en los resultandos. La cita de disposiciones aplicables, su dudosa interpretación, los deseos del mismo Registrador de que la derogación del Decreto de 31 de marzo de 1944 pudiese implicar derogación de la prohibición de disponer, etc. Tampoco necesita especial comentario el que la confirmación de la nota se limite sólo a su apartado 1.º: No se trataba de dos defectos, sino de uno solo, y los apartados 1.º y 2.º de la nota eran dos argumentos separados para justificar el defecto, uno de los cuales (el del apartado 2.º) resultaba, en parte, erróneo.

T. C. G.

(3) La Resolución de 11 de abril de 1962 venía a cortar la discusión sobre si el derecho de retracto establecido por el artículo 12 del Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924 sustituía y exceptuaba la prohibición de enajenar del artículo 10 del mismo, tratándose de las Casas Baratas de las Cooperativas, decidiendo que el retracto era un derecho independiente de la prohibición de vender sin desvincular y del cual gozaba la Cooperativa aun con desvinculación. Incidentalmente la Dirección estimó que mientras no se obtiene la desvinculación el titular registral carece de facultades para vender (parece inclinarse, pues, por la nulidad).

II. Sentencias del Tribunal Supremo

4

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

III. CONTRATOS

CORRESPONDE A LA JURISDICCION ORDINARIA CONOCER SOBRE LAS RECLAMACIONES POR CULPA O NEGLIGENCIA FORMULADAS A ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—El Ayuntamiento de Madrid realizó, a través de dos compañías concesionarias, diversas obras de reforzamiento del subsuelo en varias calles de la capital. Estas obras produjeron daños a las instalaciones de la Compañía Telefónica, que fueron tasados por los peritos en 14 millones. La Telefónica demanda al Ayuntamiento de Madrid; quien es condenado a indemnizar en Primera Instancia. La Audiencia revoca la sentencia estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción. El Tribunal Supremo casa la resolución de la Audiencia y confirma la del Juez de Primera Instancia, basándose en la siguiente

Doctrina de la sentencia.—Lo que se ha de decidir en el pleito no es la interpretación del contrato administrativo que une al Ayuntamiento y a las empresas que con él convinieron, ni la mejor o peor realización de ese contrato, ni las consecuencias económicas de la misma, que serían cuestiones administrativas, sino los perjuicios causados por imprevisión en sus bienes patrimoniales a un tercero ajeno a la contrata dentro del curso de realización de las obras, tema de Derecho puramente civil de los expresamente aludidos por los artículos 405 al 407 del Estatuto Municipal, compatibles con los términos del artículo 2 de la Ley de lo Contencioso de 27 de diciembre de 1956, que dice que «no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria», de acuerdo con cuyo precepto las sentencias de lo Contencioso de 28 de diciembre de 1962 y 29 de octubre de 1962 deciden declinar la competencia, no obstante estar interesado el Estado en cuestiones de prelación de crédito y de atribución de propiedad de determinadas fincas; es indudable que están en la misma línea, al tratarse

de derechos puramente civiles, las indemnizaciones devengadas por culpa o negligencia, aunque alguna sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, criterio, por otra parte, no vinculante para esta jurisdicción, como es la de 21 de enero de 1961, pueda parecer que afirma lo contrario, y a la que se contrapone una copiosa jurisprudencia de esta Sala.

COSA JUZGADA: NO PUEDE INVOCARSE CUANDO NO HAY IDENTIDAD DE TITULO O CAUSA DE PEDIR (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—La Compañía Urbanizadora «Casa Gargallo, S. A.», vendió a doña María una parcela en Benidorm, imponiéndole bajo condición resolutoria la obligación de edificar. Al incumplir la compradora tal obligación, la Urbanizadora la demandó reclamando la resolución del contrato; demanda que terminó con la sentencia de la Audiencia que declaraba no haber lugar a la resolución, pero imponía a doña María la obligación de comenzar la construcción en el plazo de dos meses. Como transcurrió el plazo y seguía sin edificarse en la parcela, la Urbanizadora volvió a demandar a doña María solicitando resolver el contrato, esta vez con éxito, pues la excepción de cosa juzgada opuesta por la demandada no es acogida por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El motivo segundo del recurso alega que el fallo recurrido es contrario a la cosa juzgada, motivo que no puede prevalecer porque la recurrente crea por sí ese supuesto, pues hay identidad de cosa y persona, pero no de título o causa de pedir, ya que en dicho proceso la petición resolutoria del contrato de compraventa de la parcela edificable, otorgado el 18 de febrero de 1967 por la parte recurrida a favor de la recurrente, fue basada en el incumplimiento por ésta de la obligación de edificar dentro del plazo establecido en la estipulación tercera de los contractuales, y la pretensión, también resolutoria de dicho contrato, deducida en el otro proceso, tiene como fundamento de hecho el haber dejado transcurrir el plazo fijado en la sentencia recaída en aquél sin haber comenzado la construcción a que se refiere dicha estipulación tercera con relación a la parcela que le fue vendida, y con lo demás consignado en esa estipulación, esto es, sin interrumpir ni paralizar la edificación ni a enajenarla con o sin las obras que en ella hubiera verificado hasta haber terminado totalmente, por lo menos en el aspecto exterior, la construcción proyectada, de lo que se deduce de manera indudable la diversidad de los plazos, tanto en lo concerniente a la duración de ellos como a su naturaleza, contractual en un proceso, y fijado por el órgano jurisdiccional en el otro.

CABE DECLARAR DE OFICIO EL QUE LA RELACION JURIDICO-PROCESAL HAYA SIDO CONSTITUIDA DEFECTUOSAMENTE (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—En unos astilleros se reparó una embarcación, gastos que importaron más de 600.000 pesetas. Posteriormente, la nave fue vendida en escritura pública. Se demanda al comprador por los gastos de reparación, y el Tribunal Supremo resuelve que no se puede entrar en el fondo del asunto.

Doctrina de la sentencia.—La materia controvertida, aparte de quién fuera la persona que encargó las reparaciones de la nave, radica funda-

mentalmente en la aplicación del contrato de venta de la misma, consignado en escritura pública de 27 de enero de 1970, mediante la cual don José..., propietario de ésta, la transmitió a don Evaristo..., demandado en este pleito, en cuyo documento se contiene una estipulación por virtud de la cual serán de cuenta y cargo del comprador las cargas, deudas y débitos desde 4 de mayo de 1964, y al haberse efectuado las referidas obras de reparación en el período comprendido entre esta fecha y la de la escritura pública señalada, es patente que la resolución que recaiga en el pleito lleva consigo la aplicación de la mencionada cláusula, por implicar si el importe de las reparaciones debe ser pagado por el vendedor o por el comprador de la nave, y esta cuestión no cabe decidirla sin haber sido demandados ambos, pues a ellos ha de afectar la sentencia que recaiga, y al no haberlo sido el vendedor del buque, aparece claramente que la relación jurídico-procesal ha sido constituida defectuosamente, cuestión que cabe declarar de oficio, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala.

LAS PRETENSIONES NUEVAS FORMULADAS «IN VOCE» EN LA VISTA SON INOPORTUNAMENTE DEDUCIDAS (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—El motivo tercero del recurso acusa «que el fallo de la sentencia no contiene declaración sobre una pretensión formulada *in voce* en la vista del recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Sevilla», y aunque en la correspondiente diligencia extendida por el secretario, acreditativa de dicho acto, no consta que por el Letrado de la parte apelada y hoy recurrente se hiciera petición alguna que no fuere la de que la sentencia recurrida fuera confirmada con imposición de costas del recurso, es lo cierto que, no obstante, si se hubiere hecho petición distinta a la formulada en los escritos fundamentales del pleito, con los que la controversia quedó determinada, lo hubiere sido inoportunamente deducida, y como cuestión nueva, sin poder ser acogida en la Resolución, que por ello no ha de ser tachada de incongruente, por lo que el motivo no puede prosperar.

SI LA ACEPTACION DE UN CONTRATO SE FORMULA MODIFICANDO LA PROPUESTA, NO ES POSIBLE APRECIAR SU EXISTENCIA (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Una fábrica vendió a «Industrias Lecheras Cacerseñas» dos autoclaves, entre otra maquinaria. Al ser instalados por personal de la fábrica vendedora, uno de ellos hizo explosión. Las dos entidades se formularon diversas propuestas, y al no llegar a un acuerdo pasaron a la vía judicial. La Audiencia no estimó la reconvencción de las «Industrias Lecheras», que solicitaba la resolución del contrato, criterio ratificado por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Para que el consentimiento origine la creación de un contrato, a tenor de los artículos 1.254 y 1.258 del Código civil, es preciso, conforme al 1.262, que se manifieste por la coincidencia de la oferta y de la aceptación, que deben constar de un modo claro e inequívoco, sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admite plenamente, de suerte que si la aceptación se formula modificando o alterando la propuesta o someténdola a condición, no es posible apreciar su existencia, sino la de una simple proposición, que deja el convenio

en estado de proyecto, en tanto manifieste su conformidad el primer oferente, como ya se hizo constar en el Derecho romano, en algunas legislaciones extranjeras y en la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 2 de octubre de 1867 y 10 de octubre de 1962.

LOS ATAQUES A LA APRECIACION PROBATORIA HAN DE EFECTUAR-SE AL AMPARO DEL NUMERO 7 DEL ARTICULO 1.692 L. E. C. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—El recurrente hace alegaciones en contra de las afirmaciones de la Sala para tratar de imponer criterio distinto al de la sentencia respecto a la apreciación de la prueba, y no impugnada esta apreciación; al amparo del número 7 del artículo 1.692, por error de hecho o de derecho, tiene que prevalecer el criterio de la sentencia, tanto que el número 9 del artículo 1.729 de la Ley Rituaria no permite ataques a la apreciación probatoria hecha por el Tribunal, si no se efectúa al amparo del número 7 del artículo 1.692, pues lo contrario es hacer supuesto de la cuestión y dar por probado lo que como tal no se estima en la sentencia.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1973).

Hechos.—Un contratista de obras demanda a los herederos de un cliente suyo, reclamando varios créditos que tenía contra él. La sentencia estimó, en parte, la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El recurrente alega error de hecho en la apreciación de la prueba, que se hace consistir en «conceder parciales efectos derivatorios a un documento al que niega la producción de otros»; su desestimación la impone el que lo que en realidad se pretende combatir es la eficacia de dicho documento, con alusión al artículo 1.225 del Código civil, y haciendo supuesto de la cuestión al afirmar que el actor no ha probado su derecho y dar como infringido por violación el artículo 1.214 de dicho cuerpo legal, hipótesis primera que está enjuiciando un posible error de derecho y no resultando para la segunda el cauce elegido; pero es que, además, de dicho documento no se desprende aquel denunciado error, toda vez que la desestimación por el Juzgador de Instancia de una de las pretensiones deducidas por el actor, la fundamenta en la falta de pruebas, a cuyo extremo resulta extraño el invocado documento, y sin que por las circunstancias de que se estime otra de las pretensiones, por hallarse pactada en el mismo y corroborada con la prueba testifical, no puede decirse se le reconozca parciales efectos.

CONFIRMACION TACITA: ES EL TERCERO EN CUYO NOMBRE SE CONTRATA QUIEN DEBE REALIZARLA.

Hechos.—Un súbdito alemán vendió a una sociedad suiza un apartamento en Torremolinos. Dicha sociedad actuaba por cuenta de un fondo de inversión y pagó con títulos del mismo. El fondo de inversión se declaró posteriormente en quiebra y la compañía intermediaria demandó al vendedor para que otorgue escritura pública. Fue absuelto el demandado.

Doctrina de la sentencia.—Ha de desestimarse el motivo segundo, que alega la aplicación indebida del artículo 1.311 del Código civil, relativo a la confirmación tácita, porque el Tribunal *a quo* no lo ha aplicado, únicamente el artículo 1.259 del propio cuerpo legal que regula la ratificación, y como acertadamente declara la sentencia recurrida, quien debe ratificar el contrato no es el demandado, que ya prestó su consentimiento válida y eficazmente, sino el tercero en cuyo nombre contrató la actora, y no se ha probado que la entrega de los bonos fuera hecha por Suninvest, hechos que han quedado firmes en casación.

ES NECESARIO CITAR EL PRECEPTO QUE SE CONSIDERE INFRINGIDO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—Al no haberse citado el precepto que se considera infringido, se incurrió en causa de desestimación, según la constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en sentencias de 13 de noviembre de 1945 y 24 de junio de 1947, sin que sea bastante la cita de los que se invocan, normativos de cuanto se debe pedir, procediendo por ello la desestimación del recurso interpuesto.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Se arrendó por el actor un bar a la demandada y finalizado el plazo, y algunas prórrogas por tácita reconducción, demanda y obtiene el desahucio.

Doctrina de la sentencia.—En el motivo primero del recurso interpuesto se alega la violación de la Ley de Arrendamientos Urbanos; a esto es de oponer: 1.º) que es la primera vez que aparece en los autos una referencia a la Ley de Arrendamientos Urbanos; 2.º) la cuestión es absolutamente nueva, pues a la misma ni se refirió el actor ni tampoco el demandado en trámite de contestar a la demanda; 3.º) no cabe resolver la cuestión en el sentido que intenta el recurrente, suponiendo que la omisión de la planta superior fue deliberada, cuando a ella no se hace referencia ni en los considerandos de Primera ni Segunda Instancia; 4.º) no se trata de una cuestión que mereciera el silencio en los razonamientos del fallo.

EL SEGURO QUE CUBRE LOS RIESGOS DE LA UTILIZACION DE UN CAMION GRUA, CUBRE TAMBIEN LOS DEL CABLE Y EL CABRESTANTE (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Un camión grúa intentaba sacar de la cuneta, donde estaba atascado, a otro camión, dejando momentáneamente cortada la carretera. Un automóvil chocó con el cable que unía ambos camiones, resultando muerto su conductor. Condenado penalmente el encargado y chófer de la grúa y declarado responsable civil subsidiario la empresa propietaria del camión grúa, demanda ésta a la aseguradora, «Galicia, S. A.», quien se niega a pagar aduciendo que el seguro sólo cubría los riesgos derivados de la circulación, pero no los que se produjesen por el uso de la grúa como herramienta industrial. El Supremo revoca la sentencia absolutoria de la Audiencia.

Doctrina de la sentencia.—Del simple examen de la póliza se desprende con toda claridad que la entidad recurrida aseguró a la actora contra los riesgos que pudieran derivar de la utilización del vehículo camión grúa, sin que entre las excepciones señaladas figuren las originadas por el empleo de la grúa, su cable y cabrestante, y es indudable que entre los riesgos cubiertos por dicho convenio están incluidos los daños producidos a terceros por la falta de precaución en el manejo del cable de la grúa, puesto que semejante actividad encaja perfectamente dentro del destino asignado al vehículo por los contratantes, que se hallan vinculados a través de sus estipulaciones y deben cumplirlas a tenor de las mismas, sobre todo si se tiene presente que por tratarse de un contrato de adhesión las dudas que puedan surgir sobre la significación de sus cláusulas generales deberán ser interpretadas de acuerdo con el artículo 1.288 de la Ley civil sustantiva, en el sentido más favorable para el asegurado.

NO ESTA PERMITIDO EN CASACION ALTERAR LOS TERMINOS DEL LITIGIO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1973).

Hechos.—El Colegio de Arquitectos de Aragón y Rioja reclama ciertos honorarios para uno de sus colegiados. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El ámbito de la casación se determina en función de la controversia en la Instancia; por tanto, no está permitido a las partes litigantes alterar los términos del litigio en la forma en que fue establecido, ya que, en otro caso, se podrían resolver en casación cuestiones no planteadas ni discutidas en la Instancia, y así lo tiene declarado reiteradamente esta Sala, al interpretar el número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se establece como causa de inadmisión la cita de ley o de doctrina legal que se refiera a cuestiones no debatidas en el pleito.

CONCURIENDO UN VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, NO TIENE POR QUE ESPERAR EL CONTRATANTE VICTIMA DEL MISMO A LA FASE DE CONSUMACION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Se anuló por la Audiencia un contrato de compraventa por mediar dolo del vendedor. Su recurso no fue estimado.

Doctrina de la sentencia.—Entiende el recurrente que la cita del artículo 1.270 del Código civil en la sentencia atacada no es acertada, por prematura, dado que, a su juicio, solamente cuando los hoy recurridos hubiesen recibido las chinchillas compradas podrían examinar si respondían o no a la clase contratada y podría hablarse de dolo; argumentación a todas luces inconsistente, toda vez que concurriendo un vicio en el consentimiento no tiene por qué esperar el contratante, víctima del mismo, a la fase de consumación del contrato para esgrimir otras acciones contra el vendedor, como la redhibitoria y la *quantum minoris*, originadas por la existencia de defectos ocultos en la cosa entregada, puesto que nada le impide ejercitar antes la de anulabilidad del contrato.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—En una compraventa con precio a satisfacer en varios plazos, y garantizado cualquiera de ellos con condición resolutoria, se incumple el pago del precio. El vendedor demanda la resolución del contrato, pero no la obtiene por ciertos defectos procesales y en el acta notarial de requerimiento.

Doctrina de la sentencia.—A las alegaciones del recurrente formuladas en los distintos motivos del recurso se ha de objetar, en primer término, que la forma dubitativa en que se desarrolla la argumentación jurídica es inaceptable para fundar y lograr la casación de la sentencia recurrida, según tiene declarado reiteradamente esta Sala. En segundo lugar, que se plantea de modo inadecuado el tema de la interpretación del pacto comisorio convenido en la cláusula tercera del contrato de compraventa, ya que en el mismo no se acusa la infracción de ninguno de los preceptos legales que regulan la interpretación de los contratos, y, finalmente, que la tesis que se mantiene en el recurso está en pugna con la actuación de la propia entidad recurrente, la cual en el requerimiento notarial practicado no se limitó a manifestar su voluntad de dar por resuelta la compraventa, sino que lo hizo extensivo también a que la compradora dejase libres las dos naves industriales objeto de la compra, sin por su parte devolver los dos millones de pesetas, a lo que venía obligada, conforme a lo convenido.

PARA QUE UNA OBLIGACION TENGA EL CARACTER DE SOLIDARIA NO ES PRECISO USAR DE TAL EXPRESION SI DE SU TEXTO SE INFIERE LA SOLIDARIDAD (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—Aduce el recurrente que la solidaridad en las obligaciones no se presume, sino que ha de establecerse expresamente en las mismas, y que cuando aquélla no concurre habrá de dividirse el cumplimiento de la obligación en tantas partes o cuotas como deudores no solidarios existan; pero la jurisprudencia tiene declarado que para que una obligación tenga el carácter de solidaria no es preciso usar de tal expresión si de su texto se infiere la solidaridad, y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fue la de crear una unidad de obligación *in solidum*.

LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS CONTRATOS DE EDICION REFERIDOS A OBRAS DE PRODUCCION FUTURA NO SOLO ES OBLIGATORIA, SINO QUE RESULTARIA INOPERANTE (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—La Editorial Bruguera demanda a la escritora Corín Tellado, que había rescindido unilateralmente el contrato en exclusiva que les ligaba, y por el que la escritora cedía a la Editorial toda su producción futura por un plazo de veinte años. El Supremo desestima el recurso de la escritora contra la sentencia, que acoge gran parte de los pedimentos de la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Conjugando sistemáticamente los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual y de su Reglamento, se llega a las

siguientes conclusiones: 1.º) Que la inscripción en el Registro General de la Propiedad Intelectual de los contratos de edición referidos a obras de producción futura cuyos títulos no se determinan, no sólo no es obligatoria para que surta efectos con relación a terceros, sino que resultaría inoperante a tales fines, porque el Registro únicamente puede proteger y amparar obras concretas, con título conocido y de posible y segura identificación, de igual manera que el Registro de la Propiedad Inmobiliaria no puede dar acogida a fincas que carezcan de nombre, no tengan definida su situación y no se especifiquen su cabida y linderos, pues no sería posible su identificación. 2.º) Que las exigencias de escritura pública e inscripción registral, que se contienen en el artículo 9 del Reglamento, no alcanzan a los contratos traslativos de la propiedad intelectual que hace el autor al editor, porque éstos no están sometidos a ninguna formalidad especial, y surten sus plenos efectos entre quienes los suscriben e incluso frente a terceros que no tengan la protección registral, por no haber adquirido su derecho a título oneroso de quien lo tenía inscrito en el Registro.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Doña Dolores concertó una póliza de seguro de vida, siendo beneficiarios de la misma su esposo y su hijo, de corta edad. Pocos días después falleció doña Dolores en accidente de circulación por imprudencia de su marido, quien por tal hecho fue condenado a prisión. La compañía se niega a pagar el seguro. El marido y el tutor del hijo la demandan, pero es absuelta.

Doctrina de la sentencia.—En el recurso se denuncia la violación, por no aplicación, del artículo 5 del Decreto de 21 de marzo de 1968, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor, sustentándose la tesis de que el hijo, menor de edad, del actor y hoy recurrente es tercero perjudicado, y que como tal no se le puede oponer a dicho menor de edad la excepción alegada de no comunicación del siniestro a la compañía aseguradora, cuestión la ahora suscitada que no fue planteada ni debatida en la fase expositiva del pleito, constituyendo, por tanto, una cuestión nueva, a la que el número 5 del artículo 1.729 de la Ley Procesal veda el acceso a la casación.

COMENTARIO.—Nuevamente se da el caso de que un litigante pobre pierde su causa ante una compañía aseguradora debido a preceptos formales y no sustantivos. No parece que en algunos de estos casos nuestro más Alto Tribunal se incline por la parte más débil.

LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA DE UN DOCUMENTO IMPLICA CON PRESUNCION «JURIS TANTUM» LA DE SU CONTENIDO (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—Un exportador de frutas es demandado por la firma importadora inglesa, pues adeudaba a ésta más de un millón de pesetas. A pesar de sus argumentos defensivos y reconventionales es condenado.

Doctrina de la sentencia.—Alega el recurrente que existe una causa falsa en la obligación que la invalida, puesto que de la prueba pericial

practicada se desprende la autenticidad de su firma puesta en tan repetida carta de 23 de octubre de 1967; pero también que, según resulta de la contabilidad del recurrente, nada adeuda al actor, por lo que tal carta y reconocimiento de deuda deben estimarse como de las llamadas de favor para acrecentar el crédito del demandante ante los bancos con que opera, motivo que tampoco puede prosperar: 1.º) Porque la sentencia niega que se haya probado la falsedad de la carta, y tal declaración de hecho no se ha combatido por el único cauce adecuado para ello, el del número 7 del artículo 1.692. 2.º) Porque el propio recurrente manifestó que no llevaba contabilidad en la forma ordenada por la ley y sólo apuntes «a su modo», que impide la emisión de un verdadero dictamen pericial. 3.º) Porque es doctrina constante la de que la autenticidad de la firma de un documento implica con presunción *juris tantum* la de su contenido, salvo prueba en contrario, que no se ha conseguido.

VICIOS OCULTOS (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Vendida una máquina defectuosa, obtiene el comprador la resolución de la venta.

Doctrina de la sentencia.—Respecto a las causas que alega el recurrente para la no procedencia de la acción resolutoria, en cuanto a la incompatibilidad entre ésta y la redhibitoria, se impone apreciar que conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, sentencia, entre otras, de 1 de julio de 1947, ejercitada a la vez la acción de saneamiento, por defectos ocultos de la cosa, y la resolutoria, por no ser la cosa entregada conforme a lo pactado, incluso ser esta acción la más apropiada a la índole del caso, ha de estimarse aplicable por analogía la doctrina de las sentencias de 11 de junio de 1926, 19 de abril de 1928 y 13 de marzo de 1928, que proclaman la no caducidad del artículo 1.490, cuando se esgrimen otras acciones emanadas de la compraventa sin prescripción especial, lo que hace apreciar la compatibilidad de las dos acciones, como ocurre en este caso.

DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS HECHA POR LA SALA DE INSTANCIA SIEMPRE QUE NO RESULTE ILOGICA O ABSURDA (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—Tiene esta Sala reiteradamente establecido que la interpretación de los contratos es facultad de la Sala de Instancia, debiendo estarse a la hecha por la misma siempre que no resulte ilógica o absurda, y apareciendo claros los términos literales de la cláusula contractual, cuyo alcance ha sido determinado, es evidente la lógica del raciocinio del Tribunal *a quo*, por lo que carece de posibilidad de éxito el motivo del recurso en que se denuncia interpretación errónea de los artículos 1.281, 1.282 y 1.288 del Código civil, con amparo en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL DE UN SUMARIO CARECE DE AUTENTICIDAD A EFECTOS DE CASACION (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—Doña Pilar y su esposo don Antonio viajaban en el automóvil de don Casimiro, quien lo conducía. Chocaron con un camión, falleciendo

don Antonio y don Casimiro y quedando imposibilitada doña Pilar. Esta demanda a las compañías de seguros del automóvil y del camión, y ambas son condenadas a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—El recurrente denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas, señalando como documentos auténticos que lo demuestran el auto dictado por el Juez de Instrucción, sobreseyendo provisionalmente el sumario instruido por los mismos hechos a que el presente litigio se contrae, y el pronunciado por la Audiencia Provincial de Zaragoza, desestimando el recurso de apelación interpuesto contra el primero; pero las probanzas invocadas carecen de autenticidad a efectos de casación, toda vez que aquellas resoluciones no son definitivas y la narración fáctica que contienen puede resultar desvirtuada en virtud de las diligencias que se practiquen al abrirse de nuevo el sumario sobreseído, en cuyo aspecto, por tanto, no son vinculantes para esta jurisdicción.

NO SE PUEDEN DESCONECTAR NI DISGREGAR LOS ELEMENTOS CONJUNTOS QUE SIRVIERON PARA FORMAR LA CONVICCIÓN DEL JUZGADOR (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—Una compañía constructora demanda a la Cooperativa de Viviendas «XXV Años de Paz», reclamándole más de cuatro millones de pesetas que le adeudaba por la construcción de un edificio. No obstante, triunfa la reconvencción de la Cooperativa, basada fundamentalmente en ciertos defectos de construcción del edificio en cuestión. El Supremo no acoge el recurso de la constructora.

Doctrina de la sentencia.—En el recurso se alega error de hecho, y es de notar que los documentos que se aducen como demostrativos del error son precisamente los mismos que la Sala ha tenido en cuenta para fundar su fallo, lo cual hace inútil el recurso de casación, por obra de la jurisprudencia dictada, entre la que se encuentran los fallos siguientes: el de 7 de marzo de 1960, según el cual, el acto o documento auténtico determinante de la supuesta equivocación padecida por el Juzgador no puede ser aquel sobre cuya interpretación se discrepa; el de 16 de noviembre de 1960, que sostiene que no se pueden desconectar ni disgregar los elementos conjuntos que sirvieron para formar la convicción del Juzgador. Ello es lógico, pues recayendo la diferencia de apreciación sobre los mismos documentos que maneja el recurrente y que coinciden con los tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora, se provoca la cuestión de que el recurrente pretenda que su criterio prevalezca sobre el más imparcial sostenido por la Sala sentenciadora.

CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES PACTADAS (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—Los concesionarios de un yacimiento de sal gema convinieron con el dueño del terreno en ceder a éste los derechos derivados de la concesión a cambio de que les cediera su explotación en arrendamiento y de otras prestaciones. El dueño del suelo los demanda para que cumplan el contrato, y pese a que los concesionarios son absueltos en Primera Instancia, finalmente, es estimada la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Del estudio del contrato celebrado entre las partes, que regula sus relaciones y es ley para ellos, se desprende que contiene una serie de prestaciones mutuas que no llegan a constituir dos negocios jurídicos independientes, como sostiene el recurso, sino varias obligaciones que vinculan a los otorgantes, tales como la cesión gratuita por los recurrentes de la concesión administrativa para la explotación de las minas de sal gema radicantes en la finca del actor, con la correlativa obligación de éste de ceder a los recurrentes el arrendamiento del predio y la explotación de las salinas, concediéndoles una opción de compra y la renuncia a reclamaciones posteriores, y como quiera que, conforme al artículo 1.274 del Código civil, se entiende por causa en los contratos onerosos para cada parte la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra y, como queda expuesto, el contrato comprende contraprestaciones mutuas, por lo que aparece evidente existe causa en la obligación estudiada.

COMENTARIO.—No se muestra muy acertado y técnico el Supremo en esta sentencia, al hablar de «cesión gratuita de la concesión». El concepto de gratuidad sobra cuando en el mismo considerando se demuestra que existe un contrato oneroso con contraprestaciones mutuas.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—Un productor de tabaco demanda al fabricante, a quien le había vendido diversas partidas de dicho producto. Estimada, en parte, la demanda, ambos litigantes recurren en casación, pero el Supremo confirma la sentencia.

Doctrina de la sentencia.—La parte demandada combate la sentencia afirmando que no ha estimado como pago imputable a la deuda con la parte actora la suma de cuatro millones de pesetas, los cuales han sido testimoniados en los autos al practicarse la diligencia de reconocimiento de libros de la entidad actora; mas es preciso destacar que el fundamento de la sentencia recurrida, a fin de fijar la cuantía de la deuda, radica en que basándose en buenos principios de técnica probatoria, y ante la falta de justificación de la cantidad pagada, atiende, como único elemento aceptable, a la relación comprendida en el libro llamado de cuentas corrientes llevado por la parte demandante, donde los peritos suman las cantidades que declaran recibidas, conducentes a concretar la cantidad en que se declaren pagados, aplicando al efecto el artículo 48 del Código de Comercio, y siendo éste el único soporte fáctico, no cabe dividirlo, cual el recurrente pretende, a fin de favorecerse con las cantidades consignadas en dicho libro, que recogen los pagos efectuados por tal parte, y rechazar las ahora controvertidas, que en el mismo se consignan, imputándolas a la deuda de la entidad demandada.

PARA INTERPRETAR UN CONTRATO NO ES NECESARIO ACUDIR AL SENTIDO ESPIRITUAL O INTENCION DE LOS QUE EN LA CONVENCION HAYAN INTERVENIDO, SINO CUANDO LAS PALABRAS QUE EMPLEARON OFREZCAN DUDA RACIONAL (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1973).

Hechos.—Dos arrendatarios de locales de negocios realizaron con el propietario de los mismos un contrato preparatorio de compraventa de

dichos locales. No llegando a tener efectividad el citado contrato, los arrendatarios demandan que se reconozca la validez de la compraventa. Pretensiones que no son acogidas en ninguna Instancia.

Doctrina de la sentencia.—El vigente Código civil, en el capítulo correspondiente a la interpretación de los contratos, para atender a las dificultades que suele ofrecer la ejecución de los mismos, consigna reglas prácticas que son reproducción de las que la jurisprudencia tenía establecidas, todas ellas subordinadas a la cardinal del artículo 1.281, según la cual, si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas, sin que sea necesario acudir al sentido espiritual o intención de los que en la convención hayan intervenido, sino cuando el de las palabras que emplearon ofrezca duda racional, y en el caso de autos resulta claramente, de las cláusulas 1.ª y 2.ª del documento de 5 de junio de 1967, un aplazamiento a la oferta, sin que ello constituya contrato de venta o de opción a ella, ya que faltó conformidad, tanto para el objeto como para el precio.

o

LAUDO ARBITRAL: LOS LIMITES IMPUESTOS A LA FUNCION ARBITRAL NO VINCULAN A LOS ARBITROS PARA QUE SE COMPORTEN DE UN MODO AUTOMATICO, INTERPRETANDO SIEMPRE RESTRINGIVAMENTE LAS FACULTADES QUE LES FUERON ENCOMENDADAS (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1973).

Hechos.—Una sociedad privada, dedicada a la construcción, decide disolverse, y las divergencias entre los socios respecto a la liquidación son sometidas a arbitraje. Dictado el laudo, uno de los socios lo impugna, basándose en que no resuelve puntos sometidos a su decisión y, en cambio, resuelve otros que no le estaban encomendados. No obstante, el Supremo confirma la resolución arbitral.

Doctrina de la sentencia.—El silencio—no resolver algo—de los árbitros no está comprendido entre las causas del número 3 del artículo 1.691 como motivo para el recurso, salvo—lo que aquí no sucede—que se trate de materias que constituyan premisa indispensable de los pronunciamientos referentes a los demás puntos sometidos al laudo, según precisó con anterioridad este Tribunal Supremo, especialmente en las sentencias de 31 de marzo de 1933, 11 de mayo de 1934 y 18 de mayo de 1957; aparte de que en el supuesto que se examina no es que se deje de resolver, sino que se resuelve con los documentos obrantes en el expediente y las manifestaciones que hicieron las partes, siendo, al parecer, insuficientes ambos elementos, lo que constituye una dificultad, que el árbitro proclama.

Otros motivos del recurso incurrir en el defecto formal de que aparecen formulados contra párrafos o apartados de los resultandos y en un caso contra los considerandos, y no contra la parte dispositiva del laudo.

Tampoco existe en la escritura de compromiso límite alguno impuesto a la función arbitral respecto de los elementos o datos que habría de tener en cuenta, y que los límites, caso de existir, deben entenderse en el sentido de que no vinculan a los árbitros para que se comporten de una manera mecánica y automática interpretando siempre restrictivamente las facultades que les fueron encomendadas, puesto que no es misión de los Tribunales complicar o crear dificultades al móvil de paz y equidad que preside el arbitraje privado, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza.

LAUDO EMITIDO FUERA DE PLAZO (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1973).

Hechos.—Para mediar en una cuestión entre una urbanizadora y una constructora fueron nombrados tres árbitros, con un plazo de cuatro meses para emitir el laudo, a partir del 22 de diciembre de 1971. Este plazo fue prorrogado por dos veces, por tres y cinco meses, respectivamente, y, finalmente, se dictó el laudo el 22 de diciembre de 1972. El Supremo decreta su nulidad por estimar se emitió fuera del tiempo señalado.

Doctrina de la sentencia.—El recurrente acusa que se ha dictado el laudo fuera de plazo, lo que obliga al cómputo del tiempo transcurrido desde el 22 de julio de 1972, en que empezó a contarse la prórroga de cinco meses. Cualquiera que sea el criterio que se adopte en orden al cómputo del tiempo, sea civil o natural, se llega a la conclusión de que han transcurrido un número de días superior al concedido en la prórroga, y ello porque el cómputo civil, atendiendo al artículo 7 del Código civil, que manda computar los meses como de treinta días, por lo que esta Sala tiene establecido que en aquellos supuestos en que sin fijar una fecha tope para pronunciar el laudo, se señala un período de meses sin designarlos por sus nombres, el artículo indicado estima la procedencia del cómputo civil, y por ello, atribuyendo a los meses un plazo de treinta días, resultan ciento cincuenta el total de ellos, que quedan cumplidos el 18 de diciembre de 1972, por lo que el laudo se dictó varios días después del plazo fijado; pero aun admitiendo el cómputo natural, según los días que cada mes tenga, también resulta el laudo dictado fuera de plazo, pues los cinco meses citados, contándolos en la forma expuesta, dan un total de ciento cincuenta y tres días; desde el 22 de julio terminan el 21 de diciembre los ciento cincuenta, a razón de treinta días cada uno más tres días, uno más en los meses de julio, agosto y octubre, es decir, que el laudo emitido el 22 lo fue fuera del plazo concertado.

LA INCONGRUENCIA CONSISTE EN LA FALTA DE CORRELACION ENTRE LOS TERMINOS DE LA PARTE DISPOSITIVA DE LA RESOLUCION Y LOS DE LOS ESCRITOS DE DEMANDA Y CONTESTACION (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—No puede ser acogida la alegación de incongruencia acusada en el recurso, porque consistiendo la incongruencia en la falta de correlación entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, falta de correlación que ha de manifestarse principalmente, según doctrina jurisprudencial muy reiterada, entre los términos de la parte dispositiva de la resolución y los de los escritos de demanda y contestación, no puede mantenerse con éxito que ese vicio concurra en el presente caso, toda vez que la Sala sentenciadora estimó que la relación jurídico-procesal estaba integrada defectuosamente y, en consecuencia, absolvió a los demandados sin entrar en el estudio de la cuestión de fondo, estimación y decisión que constituyen problema independiente del de la congruencia, y que aquella Sala estaba autorizada para llevar a cabo incluso de oficio, conforme también a la constante doctrina de este Alto Tribunal.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1973).

Hechos.—«Vinos Savin, S. A.», contrató con «Vidrieras Rovira» el suministro de botellas para envasar el vino que produce. Momentáneamente no pudo cumplir su compromiso la empresa suministradora y «Vinos Savin» dejó de pagar todas las botellas, incluso aquellas cuya entrega ya se había efectuado. Demandado de pago «Vinos Savin», es condenado.

Doctrina de la sentencia.—En el recurso se alega violación del artículo 1.124 del Código civil, al no haberse reconocido por la Instancia las consecuencias del incumplimiento por el vendedor del pedido hecho por el comprador el día 18 de marzo de 1969, y hay que desestimarlos porque aun aceptando que el cumplimiento o incumplimiento de los contratos no sea cuestión de hecho, sino cuestión jurídica, revisable al amparo del número 1 del artículo 1.692 L. E. C., es lo cierto que tal como están redactados los hechos, el único incumplimiento cometido en el contrato, a efectos de la aplicación del artículo 1.124 del Código civil, ha sido el del comprador, al no pagar el precio de la mercancía suministrada, pues la falta de suministro del total pedido fue suplida en sí y en sus consecuencias por el acuerdo transaccional al que llegaron las partes.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1973).

Hechos.—Al construirse un edificio se fueron ocasionando diversos daños a una casa colindante, que motivaron posteriormente su derrumbamiento. La dueña de la casa demanda a la constructora, quien se defiende alegando que la acción ha prescrito.

Doctrina de la sentencia.—Habida cuenta el resultado de la prueba practicada en Instancia y no desvirtuada en este trámite, que como el derrumbamiento total del referido inmueble tuvo lugar en el mes de julio de 1969 y la demanda se presentó en febrero de 1970, no había transcurrido el plazo de un año que impidiera el válido ejercicio de la acción, lo cual es a todas luces compatible con la posibilidad de estimación de otros daños anteriores a la mencionada fecha de la destrucción total del edificio—en especial el lucro cesante, consistente en las rentas dejadas de percibir al tener lugar el abandono del inquilino que lo habitaba—, a los efectos de la pertinente reparación, pues la acción para exigirla tampoco había prescrito, en cuanto que constan, como hechos acreditados en Instancia, «las constantes reclamaciones de la actora, así como el reconocimiento de su obligación de efectuar la reparación por la parte apelante y su aseguradora», lo que implica que concurren los supuestos de la interrupción de la prescripción establecidos en el artículo 1.973 del Código civil.

LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—Tiene el Tribunal que interpretar la actuación del árbitro siguiendo el criterio de la doctrina de esta Sala, tratando de obtener el conocimiento de la verdadera finalidad y del propósito perseguido por los interesados, teniendo en cuenta lo limitado del recurso admitido contra los laudos de los arbitrajes de equidad. El recurrente

alega que el árbitro resuelve puntos no sometidos a su decisión, fundándose en que el árbitro decretó la nulidad de artículos de los estatutos de la sociedad, lo que resulta autorizado y lógico, pues si podía variarlos y llegó a hacerlo respecto a algunos, si no podían coexistir los antiguos con los nuevos, era natural la anulación de los modificados.

Como el árbitro de equidad, según el artículo 29 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, no tiene que ajustarse a derecho ni en cuanto a los trámites ni en cuanto al fondo del asunto, los acuerdos adoptados, por no estar fuera de las facultades concedidas, se tienen que reputar válidos.

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1973).

Demandada la nulidad de un contrato de compraventa, en que el vendedor traía causa de otra compraventa con pacto de retro, alegando simulación del último contrato y subsidiariamente la rescisión por lesión *ultra dimidium pretii* del Derecho foral de Navarra. Rechazadas tales pretensiones en la Instancia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de los demandantes por defectos procesales de dicho recurso.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR CESION, SUBARRIENDO O TRASPASO INCONSENTIDO (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—El propietario de un local de negocio presentó demanda alegando: A) Que es propietario del mismo, que figuraba arrendado a una sociedad regular colectiva, que fue fundada en 1928 por don Manuel y don Zacarías. B) Que la parte arrendataria está al descubierto en el pago de las rentas desde hace años, por lo que formuló previamente demanda contra la misma; pero en los autos compareció don Roberto, sosteniendo ser titular del arrendamiento por subrogación de su difunto padre don Manuel (uno de los socios de la regular colectiva) y que es quien estaba en posesión de los locales; ese pleito terminó con absolución de la demanda, por no precisarse quién era actualmente la persona física o jurídica titular del arrendamiento. En vista de ello plantea este procedimiento contra la sociedad, don Roberto y los herederos desconocidos de don Manuel, solicitando la resolución del contrato por subrogación, cesión, subarriendo o traspaso inconSENTIDOS.

Contestó la demanda don Roberto, oponiéndose a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Sevilla dictó sentencia desestimando la demanda.

Apelada la precedente resolución, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial la revocó y declaró resuelto el contrato.

Se interpuso por el demandado, don Roberto, recurso de injusticia notoria, basado en los siguientes motivos: 1.º) Al amparo de la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, error de derecho en la apreciación de la prueba por infringir, por aplicación indebida, el artículo 1.253 del Código civil. 2.º) Al amparo de igual causa, por incidir el fallo en violación de lo dispuesto en el artículo 60 de la LAU, número 1, y, en consecuencia, aplicación indebida de la causa 5.ª del artículo 114 de la LAU. 3.º) Al amparo de igual causa, violación de lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo

lo 60 de la LAU y sentencias de 23 de junio de 1961, 20 de junio de 1953 y 24 de enero de 1962.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Federico Rodríguez Solano y Espín, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO, con la siguiente

Doctrina.—En cuanto al primer motivo, que según la jurisprudencia esta clase de vicios *in iudicando* deben fundarse exclusivamente en preceptos que contengan normas sobre valoración (sentencias de 17 de noviembre de 1968 y 16 de marzo de 1970), requisito del que carece el que sirve de base al recurso, por hallarse sometido a la libre apreciación de los Tribunales de Instancia, la relación que pueda existir entre el hecho demostrado y el que se obtiene por medio de la presunción (sentencias de 12 de febrero de 1965 y 29 de marzo de 1966).

El segundo motivo: A) Porque la afirmación de que la sociedad ocupaba el local a título de subarrendataria, protegida por la disposición transitoria 4.ª de la LAU, o en virtud de posesión autorizada por el propietario contradice la afirmación de la sentencia de que era titular arrendataria. B) Porque conforme a las declaraciones fácticas, no desvirtuadas, resulta totalmente aplicable el número 1 del artículo 60 de la LAU, por no darse la subrogación que en el mismo se contempla, sino respecto de los herederos de los arrendatarios que sean personas físicas y no en cuanto a los socios de las compañías mercantiles. C) Porque se llegaría a la misma conclusión aunque se aceptase la tesis del recurrente y se admitiese que la presencia de la sociedad en el local de autos lo fue en concepto de subarrendataria, toda vez que la razón que movió al legislador a conceder el beneficio comprendido en el número 1 del artículo 60 consistió en proteger a quienes, con su esfuerzo personal, crearon o mantuvieron una industria o negocio en el local objeto de la locación, pero no a los que con anterioridad a su fallecimiento hubieran cedido la totalidad o parte de su uso mediante un subarriendo o traspaso, por lo que la jurisprudencia, en sus sentencias de 24 de junio de 1964 y 6 de diciembre de 1964 les negó en tal evento la facultad de transmitir el arriendo a sus herederos.

Finalmente, en cuanto al tercer motivo, porque declarándose en la sentencia que la sociedad demandada se disolvió en 30 de octubre de 1961, sin indicar para nada que ello fuera debido a la muerte de uno de los socios ni que el sobreviviente sucediera al otro en los derechos que pudieran corresponderle, es evidente que no puede entrar en juego la facultad concedida en el número 2 del citado artículo 60 de la LAU, limitado, en cuanto a su aplicación, al supuesto de fallecimiento de uno de los socios y no al de disolución voluntaria de la sociedad, según han proclamado las sentencias de 21 de noviembre de 1950, 3 de octubre y 21 de diciembre de 1955 y 1 de febrero de 1958.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR FALTA DE REQUISITOS LEGALES PARA LA SUBROGACION «MORTIS CAUSA» (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Los «propietarios usufructuarios» de un local de negocio sito en Torrijos demandan a los herederos del arrendatario, alegando que a la muerte de éste, y cuando habían transcurrido cinco meses de la misma, la entonces propietaria del local y causante de los demandantes recibió una notificación efectuada por una hermana del difunto, que en nombre propio y de sus restantes hermanos, como mera mandataria verbal, anunciaba el fallecimiento del arrendatario y la subrogación y continuación del negocio por una de las hermanas. Según la parte actora, esa subrogación no era válida por falta de los requisitos legales.

Los demandados se opusieron a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia de Torrijos dictó sentencia desestimando la demanda y estimando subrogados en el negocio a los herederos del fallecido titular, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid.

Se interpuso recurso de injusticia notoria por la parte actora, por los motivos siguientes: 1.º) Al amparo del número 3 del artículo 136 de la LAU, injusticia notoria por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2.º) Al amparo del número 2 del artículo 136 de la LAU, quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio con violación del mismo artículo 359. 3.º) Al amparo del número 3 del artículo 136, violación de los números 2 y 5 del artículo 114 en relación con el artículo 60 de la LAU.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don José Beltrán de Heredia y Castaño, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO con la siguiente

Doctrina.—En los motivos primero y segundo se denuncia, aunque por distinto cauce, la violación del artículo 359 de la Ley Procesal, por entender incurre en incongruencia la sentencia recurrida por dejar sin resolver una de las peticiones de la contestación a la demanda en relación con el aumento de renta que solicitaron del Juzgado se incrementase; pero no se da la incongruencia porque si bien la del Juzgado absuelve por completo de la demanda, añade «no habiendo lugar a otros pronunciamientos sobre cuantía de la renta...», con lo que parece abstenerse de resolver ese problema, el recurso se interpone contra la de la Audiencia y allí no se suscitó la cuestión, siendo, además, doctrina jurisprudencial que «toda petición que se formule al contestar la demanda—y que no consista exclusivamente en la absolución de la misma—constituye reconvencción, que no necesita formato procesal determinado, teniendo en cuenta que si al acceder a la demanda queda desestimada la reconvencción no es necesario hacer declaración expresa sobre ésta en la sentencia»; pero este punto fue objeto de debate en el caso de autos, afirmando la recurrida que el problema reconvenccional ha sido bien tratado por el Juez, siendo válida la expresión que alude a ella en la sentencia, y añadiendo en el último considerando que «dado el carácter de éste, en el que no se estima la reconvencción», por lo cual revocó la de Segunda Instancia en cuanto a las costas de la Primera.

El tercer motivo se desestima, porque en él se sostiene, en abierta contradicción con lo sostenido en el pleito la validez de la subrogación, por la notificación efectuada, a favor de una de las herederas, pero que las actuaciones y hechos posteriores ponen de relieve que ha habido una cesión, subarriendo o traspaso en pro de la comunidad hereditaria, mas ello implica el planteamiento de una cuestión nueva, ya que en el pleito la única causa alegada y no estimada fue la 11 del artículo 114 de la LAU.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR CESION O TRASPASO INCONSENTIDOS (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Uno de los copropietarios presenta demanda suplicando la resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por cesión o traspaso no consentido, alegando: a) Que la madre del actor arrendó a don Antonio y don José un local para frutería, que en realidad explotaban sus respectivas esposas. b) Fallecido don José, su viuda, doña Jacoba, llegó a un acuerdo con el otro arrendatario, disolviendo y liquidando esa especie de sociedad irregular o comunidad familiar, quedándose ella con la totalidad de los derechos en la frutería. c) Más tarde, doña Jacoba falleció, en estado de casada en segundas nupcias con don Fortunato,

subrogándose en sus derechos (falleció abintestato y sin descendencia) su madre, doña Asunción, sin perjuicio de la cuota viudal y que esta subrogación se notificó al demandante. *d)* Que no obstante esa subrogación, el viudo, don Fortunato, continuó al frente de la frutería, habiéndose enterado el actor recientemente que ello fue por haber cedido doña Asunción a su citado hijo político, por precio, sus derechos hereditarios en la herencia de su hija, estando limitada la herencia a la expresada frutería. Fallecida doña Asunción con herederos forzosos, éstos nada heredaron por la cesión precedente, y fallecido don Fortunato, quedó en la frutería una sobrina de doña Jacoba, hija precisamente del primitivo coarrendatario, don Antonio, que sostiene que su condición de arrendataria procede de subrogación en los derechos de su padre, y sosteniendo el actor que don Fortunato, el segundo esposo y viudo de doña Jacoba, había cedido sus derechos al primitivo coarrendatario, don Antonio, padre de la actual ocupante del local.

Se contestó a la demanda oponiéndose a la misma, y el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Badajoz dictó sentencia estimando la demanda.

Apelada la Audiencia Territorial de Cáceres, Sala de lo Civil, acogiendo parcialmente el recurso de apelación y revocando la apelada, salvo en cuanto rechaza la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, en cuyo punto la confirma, desestimó la demanda.

Se interpuso por la parte actora recurso de injusticia notoria, por los siguientes motivos: 1.º) Al amparo de la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, infracción por violación del artículo 114, causa 5.ª, de la LAU. 2.º) Al amparo de la causa 4.ª del artículo 136, manifiesto error en la apreciación de la prueba documental.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Emilio Aguado González, declaró HABER LUGAR AL RECURSO por la siguiente

Doctrina.—La sentencia recurrida y el recurrente están de acuerdo en que la arrendataria subrogada, doña Asunción, cedió a su hijo político los derechos arrendaticios que le correspondían sobre el local litigioso sin cumplir los requisitos legales, discrepando en cuanto a las consecuencias legales de tal hecho, pues mientras niega la sentencia recurrida que ello pueda trascender al otro coarrendatario, el recurrente sostiene que le afecta, y ha de resolverse el contrato por los siguientes argumentos, que acepta el Supremo: A) El contrato es único, un arrendador frente a dos arrendatarios. B) Se trata de un convenio hecho sin cláusula de solidaridad. C) Si uno de los arrendatarios transmite su derecho sin observar el trámite legal, ello ha de alcanzar al otro arrendatario, que no se opone a la transmisión ilícita. D) Por ello, la acción resolutoria fundada en tal motivo se produce contra los dos arrendatarios y, en consecuencia, no se permite dejar lo convenido parte en pie para uno y sin efecto para el otro, por lo que la resolución se produce frente a los dos. También se estima el segundo motivo, declarando que queda probada otra transferencia ilícita: la del primer coarrendatario por el viudo del otro, o sea, la transmisión a don Antonio por don Fortunato.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION POR TRASPASO, POR HABERLO EFECTUADO UNA PERSONA FISICA A FAVOR DE UNA JURIDICA, POR OBRAS NO CONSENTIDAS Y POR NO HABER CONTINUADO LA ENTIDAD ADQUIRENTE DEL TRASPASO EL MISMO NEGOCIO QUE SU TRANSMITENTE (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Los copropietarios de un local de negocio presentan demanda, alegando sustancialmente: *a)* Que habían denegado la prórroga de un

arrendamiento de local por necesitarlo para ampliar su propio negocio, habiéndose constituido la Junta de Estimación para fijar la indemnización al arrendatario. *b)* Que el arrendatario les notificó su intención de traspasar y que efectivamente traspasó a una sociedad anónima, y le fue también notificada la escritura de traspaso. *c)* Que la entidad adquirente le ofreció su participación en el traspaso, y ante la amenaza de procedimiento judicial, la aceptaron; pero aun cuando reconocían que el documento firmado hablaba de consentimiento del traspaso y reconocimiento de la entidad como arrendataria, lo firmaron en la creencia de que era un mero recibo, y siguen negando validez al traspaso por haberse efectuado de persona física a favor de persona jurídica y porque no se notificó éste a un copropietario, a pesar de ser conocido su domicilio. *d)* Que, además, la entidad adquirente ha realizado obras que modifican la configuración. *e)* Que no se ha dedicado durante un año, al menos, siguiente a su adquisición al mismo negocio que su transmitente, que era de pañería y ahora es de confecciones.

En la contestación a la demanda se decía que, en efecto, se había constituido la Junta de Estimación, pero la parte arrendadora dejó caducar la instancia, habiendo transcurrido más de cuatro años. Que el traspaso se efectuó legalmente y que se notificó, pero que, en todo caso, la recepción por todos los copropietarios, mediante firma, de la cantidad que les correspondía y reconocimiento a la entidad adquirente como arrendataria subsanaba cualquier deficiencia que hubiera podido existir; que las obras realizadas no eran tales ni habían modificado la configuración, y que un año después, y seguía, aún dedicaba el local a pañería, confecciones y fornituras.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona dictó sentencia desestimando la demanda, resolución que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Se interpuso recurso de injusticia notoria por cuatro motivos, amparados en el número 4, el 1 y 3, y en el número 3, el 2 y 4, del artículo 136 de la LAU; manifiesto error en la prueba pericial del arquitecto y en la documental aportada con el número 6 de la demanda; infracción por violación, no aplicación e interpretación errónea del artículo 114, causa 7.ª, de la LAU; manifiesto error en la apreciación de la prueba documental y pericial, y el artículo 114, causa 6.ª, violación por no aplicación, en relación con el número 2 del artículo 32 de la LAU.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Jacinto García-Monge y Martín, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO por la siguiente

Doctrina.—El recurso se limita a no haberse estimado dos de las causas esgrimidas: por obras y por no dedicarse al mismo negocio durante el año siguiente al traspaso. Respecto a la primera, al afirmar la sentencia recurrida que lo único que ha efectuado el arrendatario es retirar un marco en el que se sujetaba, a modo de media puerta, un armazón de madera y cristal con una taquilla o ventanilla, que ya antes existía, y podía abrirse y dejar expedito el paso entre tienda y trastienda, sin que en el informe ni documento alegados aparezca nada contrario al hecho afirmado, y respecto a la segunda, por afirmar el Tribunal que el arrendatario utiliza el local para la actividad de pañería y de confecciones, como el anterior titular, afirmación que no se ha desvirtuado ni se ha probado manifiesto error en la apreciación de la prueba.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR OBRAS (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—La propiedad de una finca sita en Las Rozas, a la derecha de la autopista de Madrid-La Coruña, según se viene de Madrid hacia El Es-

corial, demandó, por realización de obras no consentidas, al arrendatario de la misma, una sociedad de productos magnesiados, solicitando la resolución del contrato.

Contestó la parte demandada reconociendo que las fincas arrendadas lo fueron para explotación industrial de la sociedad demandada, con instalaciones, oficinas, laboratorios y viviendas de los empleados, depósito de materias primas, carga y descarga, etc.; pero que en el contrato de arrendamiento (que no había aportado la parte actora), formalizado en un impreso de primera clase, debidamente reintegrado y tres hojas anexas, figura la autorización al demandado para realización de obras en general, bien directamente, bien por medio de otras empresas, con facultad para «instalar oficinas, almacenes y demás dependencias que estimasen convenientes» y «para efectuar cuantas obras sean necesarias para la habilitación y buen servicio de la finca».

El Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo de El Escorial dictó sentencia desestimando la demanda.

La Audiencia Territorial de Madrid, Sala Tercera de lo Civil, confirmó la anterior resolución.

La parte actora interpuso recurso de injusticia notoria basado en los siguientes motivos: 1.º) Al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, denunciando manifiesto error en la apreciación de la prueba pericial. 2.º) Basado en la causa 3.ª del mismo, infracción por interpretación errónea del artículo 1.225 del Código civil y sentencias de 12 de noviembre de 1947 y 22 de marzo de 1963, entre otras. 3.º) Al amparo de la misma causa, infracción en concepto de violación del artículo 114, causa 7.ª, de la LAU, en relación con los artículos 1.214; 1.713, párrafos 1.º y 2.º, y 1.727, y sentencias de 24 de marzo de 1960, 1 de julio de 1963 y 23 de septiembre de 1964, entre otras.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Baltasar Rull Villar, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO por la siguiente

Doctrina.—Que se pretende por el recurrente, basado en el informe pericial, que no es auténtico el documento del contrato de arrendamiento y el anexo, y lo único que resulta es que no existió unidad de acto entre la firma de uno y otro, pues la firma del anexo fue muy posterior, y falta de veracidad en la fecha consignada en el anexo; pero ello no afecta a la legitimidad de las firmas ni a la existencia, realidad y eficacia de las estipulaciones.

En cuanto al segundo motivo, que los recurrentes no han demostrado que no se hubiera pactado aquello que figura en el anexo, pues sólo se ha acreditado que lo antedataron con la finalidad de aparentar la coincidencia de su fecha con la del contrato; pero esa inexactitud no implica la del contenido de las estipulaciones y, por ello, no se ha infringido el artículo 1.225 y la jurisprudencia que lo aplica.

El tercero: a) Porque agrupa cuestiones jurídicas heterogéneas, infringiendo la exigencia de claridad y precisión y necesidad de formular separados los motivos, según el artículo 1.720 de la Ley Procesal y el artículo 150 de la LAU. b) Además, respecto al artículo 1.214 del Código civil (carga de la prueba), los recurrentes, haciendo supuesto de la cuestión, dan por demostrada la falta de autenticidad de la autorización de obras; respecto a la insuficiencia del poder de que hizo uso el representante de las actoras, el Tribunal de Instancia lo da por improbadado, sin que pase de ser una alusión marginal la contenida en la afirmación del mismo Juzgador de que ninguna prueba ha practicado la parte recurrente para su demostración. c) Porque en orden al carácter expreso del mandato (art. 1.713, 1.º y 2.º), del mandato en cuanto a la facultad conferida al arrendatario por los arrendadores para que su representante pudiera otorgar el consentimiento para las obras, aunque no constara por escrito, se trata de un

hecho afirmado por la sentencia recurrida, que no ha sido desvirtuado en la forma y vía adecuadas. d) En lo que respecta a la pretendida infracción del artículo 1.727 del Código civil, parten los recurrentes del supuesto inexacto de que quien arrendó en su nombre carecía para ello del mandato expreso. e) Por todo ello tampoco se ha infringido el artículo 114, causa 7.ª, de la LAU.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR OBRAS NO CONSENTIDAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—La propiedad de un local de negocio planteó demanda solicitando la resolución del contrato porque la sociedad arrendataria había realizado, sin su consentimiento, obras que modificaban la configuración de lo arrendado, consistentes en ampliar la puerta de entrada y colocar una marquesina sobre la misma, apertura de hueco en la parte superior del milo vertical del local y otro hueco en la techumbre de la cubierta adosada a dicho local, una ventana a la izquierda del bastidor y, recientemente, otro hueco o ventana de 1,90 por 1,90 en paramento vertical recayente al patio.

Contestó la parte demandada, quien, además, planteó unas excepciones procesales, y alegó que unas obras se habían realizado con el consentimiento de la parte actora y otras cumpliendo órdenes del Ministerio de Trabajo y en cumplimiento de la nueva Ordenanza de Higiene y Seguridad en el Trabajo.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valencia dictó sentencia rechazando las excepciones procesales y estimando la demanda. Apelada, la resolución fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Interpuso la parte demandada recurso de injusticia notoria, al amparo de la causa 3.ª de la LAU (art. 136), por aplicación indebida del artículo 114, causa 7.ª

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Manuel González Alegre y Bernardo, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO con la siguiente

Doctrina.—Que declarándose como hechos probados en la sentencia recurrida, no combatidos en el recurso, por lo que han de tenerse como invariables en su resolución, los de que la sociedad arrendataria y hoy recurrente realizó en el local objeto de arrendamiento obras consistentes en el ensanchamiento de la puerta de entrada en unos 15 ó 20 centímetros por cada lado, derribando a tal efecto las correspondientes partes de pared de la fachada; la instalación de una noria de cangilones, para lo que tuvieron que efectuar una apertura en la pared maestra y otra en la techumbre, y la apertura de dos huecos de ventilación en el muro maestro del inmueble, sin que aparezca probado lo fueron con el consentimiento de los arrendadores, es lo cierto que modifican la configuración del local arrendado dada la naturaleza de dichas obras.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR CESION, SUBARRIENDO O TRASPASO INCONSENTIDO (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—El Ayuntamiento de Barcelona, dueño por reversión de una faja de terreno e instalaciones, los había arrendado a don Juan para destinarlos a estación de servicio. Este arrendatario y otras personas consti-

tuyeron una sociedad anónima, la cual aportó el negocio, que gira bajo el nombre de «Estación Balmes», si bien haciendo constar que limitaba la aportación a la parte del negocio que explotaba en otro inmueble distinto del arrendado. Se solicita la resolución del contrato por cesión, subarriendo o traspaso inconstituido, en base de que en realidad el negocio del arrendatario era único y que, de hecho, la nueva sociedad había ocupado y explotaba la parte arrendada. También se indicaban como hechos que el arrendatario había comunicado al Ayuntamiento su propósito de traspasar, y que con anterioridad a este litigio, la Corporación había seguido otro solicitando se declarara que el objeto arrendado era solar, procedimiento que terminó con la declaración de que constituía local de negocio.

Contestó el demandado, don Juan, alegando sustancialmente que aportó a la sociedad el negocio en la parte no ubicada en el inmueble arrendado, y que posteriormente notificó su propósito de traspasar para aportar el arrendado; que pasado el plazo de la notificación sin que la Corporación alegara nada, y una vez que el Ayuntamiento aceptó la condición de local de negocio de lo arrendado, otorgó la escritura pública de traspaso cumpliendo los demás trámites legales.

También contestó la codemandada «Estación Balmes, S. A.», expresando que hasta que se efectuó el traspaso no había ocupado el inmueble ni el negocio, en el que había seguido don Juan, y formuló reconvencción para que se declarara que es arrendataria en virtud de traspaso legal.

El Ayuntamiento se opuso a la reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia número 22 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la reconvencción.

Esta sentencia fue íntegramente revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial, que estimando la demanda declaró resuelto el contrato y repelió la reconvencción.

Por los demandados se interpuso recurso de injusticia notoria por cuatro motivos, el primero amparado en el número 4, y los otros en el 3, del artículo 136 de la LAU: manifiesto error en la apreciación de la prueba, infracción por violación del artículo 1.214 del Código civil y su doctrina legal, infracción por violación del artículo 1.253 del mismo y la doctrina legal correspondiente y por interpretación errónea del artículo 9 de la LAU.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Antonio Peral García, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO con la siguiente

Doctrina.—Rechaza el primer motivo porque no se indica en él ni se concreta el documento o documentos que sirvan de apoyo al mismo, pues la referencia a «la prueba documental obrante en autos» no es adecuada a la técnica del número 4 del artículo 136 de la LAU, por llevar en sí una imprecisión tal, que lo hace rechazable, y porque lo apoya, además, en la que denomina «prueba de inspección personal», que aparte de su ineficacia, no está comprendido en la causa mencionada.

El segundo porque la sentencia recurrida no viola el artículo 1.214 del Código civil, ya que analiza no sólo los documentos, sino también todos los elementos probatorios aportados, que aclaran alguno de aquellos documentos y completan su sentido, sin negar eficacia de lo pactado en alguno de ellos por las partes intervinientes, ya que se estima en todo su valor las pruebas aportadas para desvirtuar alguna o algunas de las manifestaciones contenidas en la escritura de traspaso y que no afectaban al tercero no interviniente en ella, sin que se haya vulnerado tampoco el artículo 1.253, en cuanto que la existencia del traspaso inconstituido deriva de la prueba directa de confesión judicial, pericial, testifical y aun de alguna documental, y la presunción se establece como complemento de dicha prueba directa y la conexión o congruencia entre los hechos utilizados y el deducido no es absurda ni inverosímil.

Finalmente, en cuanto al último motivo, niega la sentencia que la acción

se haya ejercitado con el único móvil de perjudicar, sino que se ejercita una acción resolutoria del contrato por cesión plenamente acreditada, por lo que no se puede tachar de ilícita ni de mala fe.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR NO USO (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1973).

Hechos.—La demanda se formula por la propiedad solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio, destinado a ferretería, por haber sido cerrado al público y permanecido sin actividad alguna por tiempo superior a seis meses en el curso de un año.

Contestó el demandado alegando que el cierre estaba motivado por las obras, grandes fosas y zanjas para metros y trenes subterráneos, y que una vez terminadas esas obras sería el momento adecuado para normalizar la actividad mercantil.

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Barcelona desestimó la demanda.

En el recurso de apelación, la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la precedente resolución declarando resuelto el contrato.

Se interpuso recurso de injusticia notoria por nueve motivos, de los que fueron renunciados seis en el acto de la vista, manteniendo el de violación del artículo 524, en relación con el 504, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el de violación, por indebida aplicación del número 11 del artículo 114 de la LAU, y el de violación o infracción del artículo 359 de la Ley Procesal.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Antonio Cantos Guerrero, declara NO HABER LUGAR AL RECURSO de acuerdo con el siguiente razonamiento:

Que la cuestión a determinar es la de si en la demanda origen del pleito se pidió la resolución del contrato sólo y exclusivamente por el cierre del local entre las fechas de dos actas notariales de presencia (con un intervalo de seis meses entre una y otra), que fue la tesis que se acogió por el Juzgado desestimando la demanda, porque ese lapso de tiempo coincidía con las obras alegadas por el demandado, o si, por contra, dichas actas se alegan sólo como síntoma indiciario, relegando a la prueba el acreditar el cierre por período alegado anterior, intermedio o posterior a las actas, que fue la tesis acogida en la sentencia de la Audiencia, interpretación que, según la jurisprudencia reiterada, ha de ser respetada mientras no conduzca al absurdo o sea desproporcionada.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR INEXISTENCIA DE SUBROGACION «MORTIS CAUSA» (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Un local fue arrendado para exposición y venta de muebles. Fallecido el arrendatario continuó desenvolviéndose el negocio por un nieto del mismo, sin comunicar nada a la parte arrendadora. Se presenta demanda por el usufructuario y el nudo propietario del local contra el referido nieto, contra otras personas nominativamente designadas como herederas del arrendatario y contra los desconocidos herederos del mismo.

Contestó la demanda el nieto del arrendatario, alegando que el negocio instalado en el local siempre fue llevado personal y directamente por su abuelo, si bien en los últimos años de su vida le ayudaba el referido nieto. Que al fallecer el arrendatario, el citado nieto, con el consenso de los

demás interesados en la comunidad hereditaria, asumió la dirección y gestión del negocio ubicado en el local de autos; que siempre ha sostenido la procedencia de la transmisión de los derechos arrendaticios mediante el legado a su favor contenido en el testamento de su abuelo, y que, además, una hija del causante renunció a la herencia, por lo que todos los derechos de ésta fueron adjudicados a la otra hija del causante, madre del compareciente demandado, y por fallecimiento de ésta han pasado al mismo.

Declarados en rebeldía los demás demandados, el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda y declarando resuelto el contrato de arrendamiento.

En el recurso de apelación, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia confirmó la del Juzgado.

Se interpuso recurso de injusticia notoria alegando los siguientes motivos: 1.º Infracción por aplicación indebida del artículo 114, párrafos 2.º y 5.º 2.º Infracción por interpretación errónea del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos. 3.º Infracción por aplicación indebida del artículo 114, párrafo 11, de la LAU. Todos ellos con base en el número 3 del artículo 136 de la LAU.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente don Manuel Prieto Holgado, declaró HABER LUGAR AL RECURSO por esta

Doctrina.—La controversia queda limitada, de una parte, a declarar si el nieto legatario podía sustituir al arrendatario en los derechos y obligaciones dimanantes del arrendamiento y, de otra, por la oposición procesal, según la cual, el arrendatario, además, instituyó herederas universales a dos hijas, una de ellas madre del recurrente; que la otra heredera repudió la herencia, acreciendo su cuota a la coheredera, a la que le fue adjudicada la herencia, cesando por ello la comunidad hereditaria, y fallecida esta heredera, a título de heredero único personal suyo y del titular arrendaticio, corresponden los derechos al recurrente.

Que el juicio de desahucio es un proceso *sui generis*, limitado para los supuestos en que se ofrezca con claridad y sencillez la relación arrendaticia, y sus trámites no son los adecuados cuando existan otras cuestiones de índole distinta o complejas que requieren aplicar normas jurídicas de naturaleza sucesoria, que han de ser sustanciadas y decididas en un declarativo, que es el adecuado para que se pueda hacer efectiva, en su caso, la tutelada jurídica postulada.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR NO USO (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—El propietario arrendador de un local de negocio dedujo demanda contra el arrendatario del mismo, alegando que fue arrendado para instalación de un taller mecánico de reparación de motocicletas y que el demandado posteriormente ha trasladado el taller a otro local, manteniendo el litigioso cerrado a partir de entonces, usándolo solamente para guardar herramientas y dos automóviles.

Contestó el demandado alegando que alquiló un local vacío, que él adaptó para taller de motocicletas, y que aunque posteriormente ha alquilado otro local, sigue usando el primitivo.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gerona dictó sentencia estimando la demanda y declarando resuelto el contrato.

Apelada, fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Se interpuso recurso de injusticia notoria por tres motivos, amparando

los dos primeros motivos en la causa 3.ª, y el otro en la 4.ª, del artículo 136 de la LAU. Por el primer motivo se denunciaba por infracción, interpretación errónea y consiguiente aplicación indebida del número 3 del artículo 62 de la LAU, en relación con la causa 11 del artículo 114 de dicha Ley, y no haber tenido en cuenta la doctrina legal aplicable. Por el segundo se denunciaba manifiesto error en la apreciación de la prueba documental obrante en autos, con infracción por inaplicación del artículo 1.218 del Código civil en relación con la jurisprudencia. Y por el último se denunciaba también, por otra vía, manifiesto error en la apreciación de la prueba documental obrante en autos.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Julio Calvillo Martínez, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO, consignando la siguiente

Doctrina.—El motivo primero incurre en dos causas de inadmisión, que en la fase procesal de resolución quedan convertidas en causas de desestimación: a) La relación con el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la Ley Procesal y con los artículos 136 y 150 de la LAU, porque al mismo tiempo invoca dos conceptos de infracción distintos e independientes con referencia al mismo precepto legal (núm. 3 del art. 62 y causa 11 del art. 114), como son los de «interpretación errónea» y «aplicación indebida». b) La 9.ª del mismo artículo procesal, en relación con el también citado artículo 150 de la Ley especial, porque refiriéndose todo el contenido del motivo a la apreciación de las pruebas documental, reconocimiento judicial y testifical, se acoge a la causa 3.ª, en lugar de ampararse en la más adecuada del número 3 del mismo artículo 136 de la LAU, y como no se cita el concepto en que se considera vulnerada la doctrina legal que aduce, también procede la desestimación.

El segundo lo desestima porque denunciándose como infringido sólo el artículo 1.218 y la doctrina legal concordante, referente a la eficacia probatoria de los documentos públicos, no puede abonarse para las pruebas de reconocimiento judicial, documentos privados y testifical; porque los Juzgadores de Instancia no otorgan a las manifestaciones de los testigos, que se recogen en el acta notarial, un valor superior al que gozan los testimonios extrajudiciales.

En cuanto al tercero, lo desestima porque lo único que acreditan los documentos es que en aquel domicilio seguían domiciliándose los documentos cobratorios, pero no acreditan que esos hechos estén en manifiesta contradicción con los declarados probados por la sentencia recurrida.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR OBRAS NO CONSENTIDAS. RECURSO FUERA DE PLAZO (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—El propietario de un local presenta demanda contra el arrendatario del mismo, solicitando la resolución del contrato por haber realizado éste obras sin consentimiento de aquél.

Contestó el demandado oponiéndose a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia número 23 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda.

Apelada la anterior resolución, fue confirmada por la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala Segunda.

Se interpuso recurso de injusticia notoria fundamentado en dos motivos: uno, por la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, por manifiesto error en la apreciación de la prueba, y otro, por la causa 3.ª, infracción por violación del artículo 114, causa 7.ª, párrafo 1.º

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Andrés Gallardo Ros, declaró LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO en mérito de la siguiente

Doctrina.—Que es reiterada jurisprudencia, interpretando el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de declarar la obligación de los Tribunales, y especialmente del Tribunal Supremo, de velar por el procedimiento declarando la firmeza de una resolución si el recurso contra ella interpuesto lo fue fuera de plazo, sin que, por otra parte, pueda el mismo, ya que se trata de un plazo de caducidad, ser interrumpido por la presentación de un escrito carente de los requisitos legales exigidos.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR NO DESALOJAR EL LOCAL DENTRO DEL PLAZO LEGAL PARA SU DERRIBO Y POSTERIOR EDIFICACION (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Acordado el derribo de una finca urbana fue notificado al inquilino, y éste dejó transcurrir el plazo de un año, a contar desde la notificación-conciliación sin desalojar el local y vivienda que ocupaba, por lo que la propiedad solicita la resolución del contrato, declarando, asimismo, que el demandado ha perdido el derecho de opción que le concede el artículo 81 de la LAU y, por tanto, extinguido el derecho a retornar al edificio que se construya.

Contestó el demandado alegando no haber podido suscribir el documento de retorno (por el que había optado), entendiéndose no viene obligado a desalojar en tanto no se formalice tal documento.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia estimando la demanda.

Apelada la resolución precedente, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección de lo Civil, dictó sentencia rechazando el recurso interpuesto por falta de justificación del pago o consignación de rentas debidas, declaró mal admitido el recurso y firme en derecho la sentencia de Primera Instancia.

Se interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes motivos: 1.º) Amparado en la causa 2.ª del artículo 136 de la LAU, en relación con el quebrantamiento de forma que concreta la causa 4.ª del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción por violación del artículo 269 de la última. 2.º) Amparado en la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, aplicación indebida del artículo 148 de la LAU, en relación con el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3.º) Fundado en la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, infracción del artículo 1.281 del Código civil y doctrina legal.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Julio Calvillo Martínez, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO con la siguiente:

Doctrina.—Que es doctrina que para que pueda prosperar el recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma de formalidad esencial determinante de indefensión es inexcusable, según lo prevenido por el artículo 1.696 de la Ley Procesal, aplicable por el artículo 150 de la LAU, que se haya pedido la subsanación de la falta en la Instancia que se cometió, y se reproduzca en la Segunda si se hubiera cometido en la Primera.

Que cuando la resolución recurrida se refiere al pago o consignación que exige el artículo 148, párrafo 2.º, de la LAU, no puede ser objeto de recurso de fondo por la causa 3.ª, pudiendo serlo, como quebrantamiento de formalidades esenciales, según su regulación procesal, por la causa 2.ª. Que, además, este motivo sería rechazable porque el artículo 148, párra-

fo 2.º, de la LAU tiene el carácter de norma de derecho necesario, a la que no pueden por menos de atenerse los Tribunales y litigantes, y, en último término, porque el requerimiento del Tribunal al pago de las rentas es preciso exclusivamente para las devengadas en la fase de sustanciación de los recursos (párrafo 4.º del art. 148 de la LAU), no para la justificación del pago o para consignación de las vencidas al tiempo de interponer los recursos a que se refiere el párrafo 2.º del mismo precepto.

Que no habiendo entrado a conocer del fondo la sentencia recurrida, es obvio que no pudo violar el artículo 1.281 del Código civil.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION POR NO USO (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Arrendado un piso destinado a domicilio social de una sociedad anónima, la propietaria presenta demanda contra la misma solicitando la resolución del contrato de arrendamiento por no uso, por haber permanecido cerrado durante más de un año.

La parte demandada se opuso a la pretensión negando a la parte actora su condición de propietaria y arrendadora y que el piso se arrendara para domicilio social de la sociedad, así como los hechos esenciales de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda.

Apelada la resolución anterior, fue confirmada por la Audiencia Territorial de Madrid.

Se interpuso recurso de injusticia notoria basado en los siguientes motivos: 1.º) Al amparo de la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, por infracción de precepto y doctrina legal; aplicación indebida del artículo 62, párrafo 3.º, y artículo 114, causa 11, de la LAU. 2.º) Amparado en la misma causa, basado en la infracción de los mismos preceptos que el motivo anterior. 3.º) Basado en idéntica causa, infracción de precepto y doctrina legal, por violación del artículo 1.253 del Código civil. 4.º) Apoyado en la causa 4.ª del artículo 136, manifiesto error en la apreciación de la prueba documental.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Federico Rodríguez Solano y Espín, declaró HABER LUGAR AL RECURSO en base de la siguiente

Doctrina.—Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de 17 de julio de 1951, en relación con los artículos 312 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 66 de la Procesal y 41 del Código civil, el domicilio social de las compañías anónimas lo constituye el que hayan designado en sus Estatutos como sede jurídica de sus órganos de representación, administración y dirección y centro donde deben ejercer sus funciones mercantiles, labor que no se cumple a efectos del número 3 del artículo 62 de la LAU por el simple hecho de recibir en él la correspondencia, recogerla cada ocho días y celebrar mensualmente las Juntas de sus consejeros, porque ello equivale a tener cerrado el local, ya que según la jurisprudencia el hecho se produce cuando se trasladó a otro lugar el giro de las operaciones comerciales, cesando en éste el desenvolvimiento de dichas actividades (sentencias de 30 de marzo de 1959, 3 y 4 de marzo y 27 de mayo de 1970 y 7 de junio de 1971), aun cuando continúen desarrollándose algunas accesorias, esporádicas o intermitentes (sentencias de 3 de junio de 1959, 13 y 20 de febrero de 1960, 23 y 27 de septiembre de 1964 y 23 de febrero de 1970) o se celebren de cuando en cuando entrevistas con algunos clientes (sentencia de 27 de febrero de 1960), por no suponer ello el mantenimiento de la comunicación con el público (sentencia de

10 de febrero de 1966). Acreditado que el fedatario llamó varias veces sin obtener respuesta, observando por sí mismo que el pasillo presentaba aspecto de deshabitado y la no existencia de contrato de fluido eléctrico, circunstancias que patentizan el cierre del local (sentencias de 9 de marzo de 1959, 5 de abril de 1961, 5 de octubre de 1964, 3 de marzo de 1965 y 15 de febrero de 1971), todo ello dio lugar a la estimación de los cuatro motivos del recurso.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO. CESION DE CUOTA ABSTRACTA (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Don Oskar, súbdito suizo, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Vendrell demanda sobre resolución de arrendamiento de local de negocio destinado a autoservicio, almacén anejo y vivienda, que según el actor había arrendado a los demandados, don Pedro y su esposa, ésta hija del demandante, en virtud de contrato verbal, en el que se había incluido la cláusula de prohibición de subarrendar, que habían respetado, pero que en virtud de un documento firmado por los cónyuges demandados, el 17 de marzo de 1970, la esposa renunciaba a cualquier derecho sobre la titularidad del arriendo, si bien colaboraría en el negocio y haría suyos el 50 por 100 de los beneficios, de cuyo pacto derivaba el demandante que un coarrendatario había cedido al otro su cuota abstracta en el arrendamiento, habiendo incurrido por ello en causa de resolución del contrato.

Comparecieron los esposos bajo distinta representación, oponiéndose la esposa a la demanda y el marido suplicando fuera absuelto de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, que apelada, fue confirmada por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Interpuso el actor recurso de injusticia notoria basado en dos motivos: el primero, al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, por manifiesto error en la prueba documental obrante en autos, y el segundo, apoyado en la causa 4.ª del mismo precepto, por infracción de ley y de doctrina legal, recurso que el Tribunal Supremo, en ponencia de don Manuel Prieto Delgado, declara NO HABER LUGAR AL MISMO, formulando la siguiente

Doctrina.—Las cuestiones planteadas son dos: A) Si el contrato de arrendamiento se concertó en atención a la relación familiar en forma de coarrendamiento, como sostiene el recurrente. B) Si la separación de hecho de los demandados, consignada en el documento aludido, implica traspaso inconsentido originador de la causa resolutoria 5.ª del artículo 114 de la LAU.

Que, evidentemente, en la relación arrendaticia, como vínculo derivado del contrato de arrendamiento, pueden existir en cada uno de los dos lados de ella un solo sujeto como arrendador o arrendatario, que es el supuesto del arrendamiento único, o también pueden agruparse alrededor de uno u otro o de los dos varios sujetos, hipótesis del arrendamiento conjunto o coarrendamiento—artículo 37 de la LAU—, y es también indudable que si se establece la relación obligacional con dualidad de sujeto obligado, al individualizar una de las partes contractuales se opera la sustitución del sujeto de la relación, lo que da lugar a la resolución del contrato, al asumir el sustituto derechos y obligaciones que no se le otorgaron, como es el uso por sí, en toda su integridad, del local, compartido anteriormente en unión del sustituido—sentencia de 19 de octubre de 1957—; pero éste

no es el supuesto contemplado, ya que la prueba acredita que el arrendamiento se hizo sólo a nombre del hijo político, y el documento suscrito entre los esposos no acredita la cesión al recurrido de los derechos de su esposa en la titularidad arrendaticia, sino únicamente la separación de hecho de los cónyuges y la colaboración de la esposa en la explotación del negocio, con la consiguiente compensación económica.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISION DE RENTAS (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—En un contrato de arrendamiento de local de negocio se estableció un precio o renta de 50.000 pesetas para la primera anualidad, de 180.000 para la tercera y de 240.000 para la cuarta, que sería la que imperara en lo sucesivo, y sería revisable. El que vino a ser único arrendatario demanda al propietario solicitando se declare la nulidad de pleno derecho de todos los aumentos operados en virtud de esa cláusula, y se declare que la renta es la fijada para la primera anualidad, o sea, 50.000 pesetas anuales, condenando al demandado a devolver el exceso percibido, y se declare que mientras el demandado no notifique a Hacienda la verdadera renta sólo está obligado a satisfacer 1.200 pesetas anuales.

Contestó el propietario demandado alegando, en primer lugar, que debía rechazarse la demanda, sin entrar en el fondo, por razón de la materia en relación con el procedimiento escogido por el actor; que en la actualidad la declaración fiscal de la finca tiene señalado un valor catastral de casi dos millones, con una base liquidable de más de 55.000 pesetas y una deuda tributaria anual de cerca de 10.000, y que la renta fue pactada libremente por los interesados.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tarragona dictó sentencia, desestimando parcialmente la demanda y estimándola sólo en el particular referente a declarar nula la cláusula de revisión de renta referida a los precios de los arrendamientos agrícolas, declarando que la renta del contrato es la de 240.000 pesetas, sin que haya lugar a restituciones.

Apelada ante la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona, fue confirmada la anterior resolución.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, al amparo del número 3 del artículo 136 de la LAU, por cuatro motivos: violación del artículo 1.281 del Código civil, violación por inaplicación del artículo 1.288 del mismo, violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y violación por inaplicación del apartado 3.º del artículo 6 de la LAU, en relación con el apartado a), número 10, del artículo 96 de la misma y su doctrina jurisprudencial.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Andrés Gallardo Ros, declara NO HABER LUGAR AL RECURSO por la siguiente

Doctrina.—Los motivos 1.º y 2.º, por ser reiterada y constante la jurisprudencia al sostener que la interpretación de los contratos es facultad del Tribunal sentenciador, debiendo prevalecer la misma sobre las que las partes pretenden de no ser aquella ilógica, y ello con independencia de que el razonamiento de los dos motivos hace supuesto de la cuestión pretendiendo hacer prevalecer su interpretación de los hechos, y por los mismos razonamientos desestima el cuarto motivo, ya que los preceptos en que se apoya contemplan un supuesto no declarado por la Sala, que estableció la renta de 240.000 pesetas, supuesto contrario al fijado en el motivo. Y el tercer motivo, en el que se denuncia incongruencia, porque el recurrente olvida que la Sala es soberana para declarar los hechos que

sirvan de premisa fáctica a la estimación jurídica de la procedencia o no de la acción ejercitada, declarando o no probados los elementos constitutivos de la misma, con independencia de los declarados o alegados por el demandado.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: REPARACIONES NECESARIAS EN LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—El arrendatario de un local de negocio demanda al propietario del mismo alegando que una parte de él, en el año 1962, comenzó a amenazar ruina, llegando incluso, en 1964, a derrumbarse parte de la techumbre del mismo, requiriendo al propietario para que procediera a su reconstrucción y negándose a ella, por lo que el actor se dirigió al Ayuntamiento poniendo en conocimiento aquellos hechos, que además de dejar inservible para cualquier uso el local arrendado podían originar algún accidente, acordando la autoridad municipal requerir al propietario para que derribara y reconstruyera la parte siniestrada de la finca. Ante el acuerdo del Ayuntamiento, el propietario pretendió derribar, a lo que se opuso el demandante exigiéndole la reconstrucción del mismo, necesaria para servir al uso convenido.

Contestó el demandado alegando que el actor no permitió el derribo previo a la reconstrucción, y que no sería tanto el peligro o la necesidad del local cuando han pasado seis años en esa situación y el arrendatario no ha optado por hacer las obras repercutiendo su importe al propietario (art. 110 de la LAU).

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Barcelona dictó sentencia estimando íntegramente la demanda.

Apelada la resolución, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial, aceptando los cuatro primeros considerandos de la apelada, revocó la anterior absolviendo al demandado.

Se interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes motivos: 1.º) Autorizado por la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, inaplicación del artículo 1.091 en relación con el 1.281 del Código civil. 2.º) Autorizado en la misma causa, violación del artículo 1.554 en relación con el 1.964 del mismo cuerpo legal. 3.º) Apoyado en idéntica causa, interpretación errónea de los artículos 107 y 110 de la LAU y violación del 1.964 del Código civil. 4.º) Amparado en igual causa, infracción de los artículos 115 y 116 de la LAU por inaplicación de los mismos. 5.º) En base de la misma causa, por infringir los artículos 1.559 y 1.253 del Código civil: el primero, por interpretación errónea, y el segundo, por violación. 6.º) Amparado en la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, manifiesto error en la apreciación de la prueba.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Cantos Guerrero, declaró HABER LUGAR AL RECURSO con la siguiente

Doctrina.—Acoge los motivos 3.º, 4.º y 5.º, porque al ser hechos no combatidos de la Instancia que por abandono de la propiedad se había desplomado la techumbre de parte del local, con lo que se impedía el normal uso del resto, de ello surge la ineludible obligación de reparar del propietario del inmueble, estando viva la acción del inquilino para reclamarlo mientras por el transcurso del tiempo no prescriba, a los quince años, por tratarse de acción personal. Estima también el motivo 2.º, porque si bien es verdad que el párrafo 2.º del artículo 1.553 del Código civil (supletorio de la LAU) exige del arrendatario la diligencia de poner en conocimiento del arrendador la necesidad de toda reparación urgente, y la Instancia

niega que haya practicado tal actividad, al afirmarlo viola la técnica deductiva del artículo 1.253, partiendo del hecho que da como probado que desde el año 1964 había acudido al Ayuntamiento a denunciar el hecho, siendo de presumir que antes lo comunicara al propietario, sino, además, porque éste tuvo conocimiento del hecho por la comunicación del propio Ayuntamiento, por lo que no puede argumentarse sobre la base del silencio del inquilino.

ARRENDAMIENTOS URBANOS. RETRACTO (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Don Guillermo presentó demanda contra don José María y su esposa (adquirentes) y la Sociedad Explotaciones (transmitente) por una casa, ejercitando el derecho de retracto arrendaticio urbano y alegando su condición de arrendatario, que probaba con ejemplar de contrato de arrendamiento y unos recibos de renta, el último de fecha 24 de julio de 1949, alegando que los alquileres posteriores los había satisfecho por deducción del salario que le correspondía al trabajar por cuenta de la empresa dueña de la finca.

Los adquirentes contestaron la demanda haciendo constar que el precio a satisfacer por el retrayente es el realmente satisfecho por el comprador, y que aun cuando en la escritura se hizo constar como precio el de 250.000 pesetas, el efectivamente pagado fue de 450.000 pesetas, sin que pueda entrar a discutir la condición de arrendatario del actor, si bien resaltando que la prueba de su condición de, tal se interrumpe veintitún años antes de la adquisición del inmueble.

También contestó la demanda la Sociedad transmitente negando al actor su condición de arrendatario, alegando que si lo fue en principio, después no tuvo más que una relación laboral, y por ella ocupaba la casa como empleado, y desde su jubilación como precarista, habiéndose hecho constar en la escritura de venta que los adquirentes, caso de disponer de la casa, habrían de construir una en debidas condiciones de uso para ser ocupada por los precaristas.

El Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal dictó sentencia desestimando la demanda.

Apelada la resolución, la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la anterior y declaró haber lugar al retracto mediante el abono de 250.000 pesetas y gastos legítimos.

Se interpuso por los demandados adquirentes recurso de injusticia notoria, al amparo de la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, por infracción legal, violación del artículo 1.253 del Código civil.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO con la siguiente

Doctrina.—Que la Sala sentenciadora estima que el precio que figura en la escritura pública de compraventa es el real, al no probarse en forma suficiente la realidad de otro distinto superior al consignado, y esa declaración es la que se combate en el único motivo del recurso, por violación del artículo 1.253 del Código civil, que lo desestima porque la apreciación de las pruebas corresponde al Tribunal de Instancia, cuyo criterio ha de ser respetado mientras no se demuestre que ha incurrido en error de hecho o de derecho, que de denunciarse, lo primero ha de ser por la causa 4.ª, y si lo segundo, citando la ley referente a la valoración de la prueba que haya sido infringida, y en el motivo no se acusa la existencia de aquellos errores, limitando a citar el artículo 1.253, que no contiene norma de

valoración de prueba, y a sustituir el criterio judicial en la apreciación de las pruebas por el del propio recurrente.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—El arrendatario de una finca urbana demanda al transmitente y adquirente de la misma y a sus respectivas esposas, ejercitando el derecho de retracto arrendaticio urbano.

Declarado en rebeldía el transmitente, el adquirente contesta a la demanda alegando, en primer lugar, las excepciones de falta de acción en el demandante, por renuncia previa a su preferente derecho adquisitivo, y caducidad de la acción, así como que era evidente la confabulación del demandante con el otro codemandado para causar daños a quien se oponía a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Vigo dictó sentencia estimando la demanda.

Apelada la anterior resolución, fue confirmada por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Se interpuso recurso de injusticia notoria basado, como único motivo, en la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, infracción por el concepto de interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial al mismo referida.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Andrés Gallardo Ros, dictó sentencia declarando NO HABER LUGAR AL RECURSO con la siguiente

Doctrina.—Que declarado en la sentencia que el demandante no tuvo pleno conocimiento de la compraventa con anterioridad al requerimiento que le fue efectuado y que no había caducado la acción, y no combatidos tales hechos a través de la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, es evidente la improsperabilidad del único motivo del recurso pretendiendo acreditar la existencia de una interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil, por no haberse deducido de los hechos que se estiman acreditados la presunción que se pretende establecer, puesto que la misma no surge de tales hechos ni el fallo tiene su origen en la prueba de presunciones, sino en la estimación directa de la practicada.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR CESION, SUBARRIENDO O TRASPASO. APORTACION A SOCIEDAD (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—El propietario de un local de negocio demanda al arrendatario, postulando la resolución del contrato de arrendamiento en base de los siguientes hechos: En contrato de arrendamiento de los bajos y sótanos de una finca, más tarde ampliado en cuanto a la superficie de otra parte del sótano, formando una única unidad arrendaticia, figuraba la siguiente cláusula: «Si conviniere a don A. R. R. (el arrendatario) transformar el régimen jurídico de su casa comercial en sociedad, de la clase que sea, podrá aportar a la misma los derechos dimanantes de este contrato, quedando subrogada la sociedad en lugar y derechos del mismo, sin que por parte del señor propietario pueda considerarse dicho acto como cesión o traspaso del local objeto del arriendo, sobrentendiéndose que de la sociedad debería formar parte forzosamente el gerente, don A. R. R.»

(el arrendatario). Posteriormente, el citado arrendatario, con otras personas, constituyó una sociedad anónima, pero él únicamente aportó metálico, si bien comunicó la constitución expresada, por carta certificada, al administrador del propietario. El arrendador, por medio de su apoderado, solicitó copia de la escritura de constitución de la sociedad para comprobar si se había aportado el local arrendado, sin que se le remitiera. Solicitada y obtenida certificación del Registro Mercantil, comprobó: a) Que en la escritura de constitución el arrendatario solamente aportó metálico, aunque otros interesados habían aportado negocios ya en marcha. b) Que en Junta General Extraordinaria de la sociedad constituida, celebrada cinco meses después de su constitución, se había acordado por unanimidad elevar o ampliar el capital social, para cuya aportación don A. R. R. (el arrendatario demandado) incluye «otro negocio comercial de ultramarinos o venta al por menor de artículos de alimentación..» (el litigioso). Sostiene el actor que el arrendatario aportó el negocio, pero no los derechos arrendaticios del local, y que, por tanto, era evidente el subarriendo o cesión a tercero, sin consentimiento de la propiedad, del local arrendado, ya que lo único autorizado era a cambiar el régimen jurídico del negocio, siempre que se cumpliesen las condiciones impuestas: que el arrendatario formase parte de la propia sociedad (lo que se cumplía) y que se aportasen a la misma los derechos arrendaticios del local (lo que no se había efectuado).

El demandado contestó y se opuso a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo de la misma al demandado.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia precedente.

La parte actora interpuso recurso de injusticia notoria en base de los siguientes motivos: 1.º) Al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, por incurrir la sentencia impugnada en manifiesto error en la apreciación de la prueba, según resulta de los documentos obrantes en autos. 2.º) Al amparo de la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, infracción de ley y doctrina legal, violación del artículo 114 de la LAU, considerando como tal la inaplicación del precepto, en cuanto a la causa 2.ª, siendo éste desarrollado como motivo de fondo de la tesis de casación mantenida en el anterior.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara NO HABER LUGAR AL RECURSO.

Doctrina.—Que, en realidad, toda la tesis del recurrente se reduce a atacar la interpretación que hizo la Sala del acuerdo de la Junta General Extraordinaria, pues mientras la Sala entiende que cuando se hizo la aportación del «negocio de ultramarinos de...», se comprendió de un modo indudable los derechos arrendaticios que ostentaba el local, aunque no se hiciera constar de una manera expresa; en cambio, la parte recurrente sostiene que esa exégesis del acuerdo social no es correcta, pues no tuvo semejante amplitud, añadiendo, además, que el restringido alcance que ella propugna se deduce también de los documentos que invoca, y para la desestimación de este motivo basta tener en cuenta la vía procesal que se emplea, que únicamente autoriza el ataque de la apreciación probatoria con invocación de documentos que contengan afirmaciones terminantes que contradigan las que haga el Juzgador de Instancia, y sin que, para patentizar esas contradicciones, haya de emitir juicios o deducir conclusiones o hipótesis no concordantes con las rotundas afirmaciones del Juzgador, y que tal vía no permite combatir la exégesis, más o menos correcta, realizada por el Juzgador, la cual tiene que atacarse por el cauce correspondiente, con invasión, también clara y precisa, de las normas legales de interpretación que se reputen infringidas y especificación del concepto en que lo hayan sido.

En cuanto al segundo motivo, es claro que tiene que decaer al no haber prosperado el anterior, porque si en él no se ha logrado desvirtuar la afirmación de la Sala de que la cesión o subarriendo se verificó cumpliendo los requisitos que la cláusula de autorización señalaba, no puede hablarse de subarriendo inconstituido ni, por tanto, se ha producido el supuesto de hecho que la norma prevé para ser actuada.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR CESION O SUBARRIENDO (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—El propietario de un local de negocio demanda al arrendatario y al pretendido cesionario o subarrendatario del mismo alegando, sustancialmente, que el local fue arrendado para la venta de muebles y derivados fabricados por el propio arrendatario, y que posteriormente se exhibían en sus escaparates y vidrieras muebles de otra procedencia, que eran vendidos allí mismo por persona ajena y distinta del arrendatario.

Compareció el arrendatario oponiéndose a la demanda.

El otro demandado, cesionario o subarrendatario no compareció y fue declarado en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación, revocando la anterior y declarando resuelto el contrato de arrendamiento.

El arrendatario demandado interpuso recurso de injusticia notoria basado en los siguientes motivos: 1.º) Al amparo del número 1 del artículo 136 de la LAU, infracción de ley por violación del artículo 1.284 del Código civil, en relación con el 638 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 659 de la misma, y violación de la doctrina contenida en la sentencia de 3 de julio de 1961, entre otras. Cita el artículo 1.248 del Código civil y el 638 de la Ley de Enjuiciamiento. 2.º) Al amparo del artículo 136 de la LAU, infracción de ley por violación del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por conceder la Sala a un dictamen pericial un valor del que carece. 3.º) Al amparo del artículo 136 de la LAU, infracción de ley por aplicación indebida de los apartados 2.º y 5.º del artículo 114 de la LAU, siendo este motivo consecuencia de los dos anteriores, ya que si no se ha probado la cesión ni el subarriendo, mal pueden aplicarse las causas de resolución, porque lo único que ha podido deducirse de la prueba es que el arrendatario vendía en su tienda de muebles, muebles no fabricados por él, lo que está perfectamente admitido en el contrato.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Peral García, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO en base de la siguiente

Doctrina.—El primer motivo del recurso lo rechaza porque el precepto de la ley sustantiva (se ha de referir necesariamente al art. 1.248 del Código civil) alude a las reglas de la apreciación probatoria de las declaraciones testificales relacionándolas con las de la «sana crítica», mencionadas en la ley adjetiva en su artículo 659, y que al no constar éstas en ningún precepto sustantivo, no puede dar lugar a la casación, por lo que teniendo aquel precepto un carácter admonitivo y no preceptivo, se hace indudable que contra la apreciación de la prueba testimonial no es admisible el recurso extraordinario, y mucho menos cuando el recurrente pretende sustituir con su aprobación probatoria la llevada a cabo por el Tribunal. En cuanto al ordinal segundo del recurso, al no expresar el número del artículo 136 en que se apoya, incurre en defecto, según el último párra-

fo del mismo, suficiente para su decaimiento, aparte de que lo que se denuncia en el mismo es la apreciación de la prueba pericial, según las reglas de la sana crítica, que es de libre apreciación de los Tribunales, y como el tercero es la consecuencia legal que ha de derivarse de los hechos y éstos han resultado irreversibles, se rechaza también.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS INCONSENTIDAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL. OTROS EXTREMOS (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—El propietario de un local de negocio presentó demanda contra el arrendatario, que había adquirido tal condición en virtud de traspaso, solicitando: *Primero:* La resolución del contrato por obras no consentidas que modificaban la configuración del local, sito en planta baja, y consistentes en construir de mampostería una habitación al fondo del local arrendado y bajo la parte trasera de las terrazas del chalet existente en la planta superior, tapiar con mampostería una ventana existente en el citado local y situar en el mismo unos aireadores para servicios sanitarios, que por su escasa altura y no guardar las debidas normas de higiene y salubridad vierten los vahos en la planta superior del edificio, dando lugar, además, por la falta de aireación y por la existencia de humedad acumulada a que se hallen corroídas las vigas del chalet. *Segundo:* Se condene al arrendatario a pagarle la cantidad de 7.500 pesetas, resto de la participación del propietario por su renuncia a los derechos de tanteo y retracto del traspaso. *Tercero:* Se condene al arrendatario al pago del importe de la mitad del consumo de agua necesario para el llenado de un foso, a que se había obligado en la escritura de traspaso. *Cuarto:* Subsidiariamente, para el caso de no dar lugar a la resolución del contrato, se condene al arrendatario a la realización de las obras, a su costa y sin repercutir nada al arrendador, necesarias para evitar que los vahos de los servicios viertan sobre la terraza del edificio. *Quinto:* Lo mismo en cuanto a evitar que las vigas sean corroídas por la humedad y falta de aireación. *Sexto:* Que se declare que el arrendatario no tiene derecho a utilizar un portal ni a discurrir por el terreno no incluido en el arrendamiento.

Contestó el demandado oponiéndose a la demanda y proponiendo previamente la excepción procesal de incompetencia objetiva e inadecuación de procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca estimó la excepción procesal.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca dictó sentencia dando lugar, en parte, al recurso, declarando la resolución del contrato por obras no consentidas que modifican la configuración y condenando al arrendatario a pagar las 7.500 pesetas, sin entrar a conocer de lo relativo al abono del consumo de agua, cuya acción reserva al demandante para el procedimiento oportuno, y declarando no haber lugar a las peticiones subsidiarias.

El demandado interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes motivos: *Primero:* Al amparo del número 14 del artículo 136 de la LAU, por manifiesto error en la apreciación de la prueba documental. *Segundo:* Al amparo del número 3 del artículo 136 de la LAU, por aplicación indebida del artículo 110 de la misma, en cuya regulación se ha subsumido un caso que nada tiene que ver con el supuesto de hecho que tal precepto contempla. *Tercero:* Al amparo del número 3 del artículo 136 de la LAU, aplicación indebida del artículo 114, causa 7.ª, ya que se contaba con auto-

rización del arrendador para las obras por cuya ejecución se resuelve el contrato.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Julio Calvillo Martínez, declaró NO HABER LUGAR AL RÉCURSO en mérito de la siguiente

Doctrina.—Que el motivo primero dice ampararse en el número 14 del artículo 136, siendo así que este precepto sólo contempla cuatro causas de injusticia notoria, y aun dejando aparte este defecto—determinante por sí solo de la desestimación del motivo—, lo rechaza, porque si bien en la escritura de traspaso el arrendador autorizó al arrendatario para la ejecución de las obras que la Jefatura Provincial de Sanidad pudiera exigir al titular del negocio, no por eso queda acreditado el pretendido error del Juzgador de Segunda Instancia, en cuanto que las obras realizadas no fueron ordenadas por la autoridad reconocida, como expresa la Sala sentenciadora, es decir, por la Jefatura Provincial de Sanidad, sino por la Inspección Municipal de Sanidad, y, además, no reviste la forma de orden, en la cual se imponga al recurrente la obligación ineludible de hacer alguna cosa, pues lo que comunica dicha Inspección al arrendatario es que para informar a la Superioridad en relación con la apertura (licencia de apertura) del local, éste ha de reunir unas condiciones sanitarias mínimas, entre ellas, la salida de humos, antes aludida. Rechazando también los dos restantes motivos, porque dejando aparte el problema de si acertó o no el Tribunal *a quo* al aplicar al supuesto el artículo 110 de la LAU, tanto uno como otro motivo se construyen sobre la base de contar el arrendatario con el consentimiento preventivo del arrendador para realizar las obras modificativas de la configuración del local litigioso.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: VALIDEZ DE TRASPASO Y OTROS EXTREMOS (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—El 21 de noviembre de 1962, el demandado, don E. G., concertó con los señores don Luis y don Gonzalo Vallino un contrato de arrendamiento de local de negocio en una casa que en dicha fecha estaba en trámite de derribo para su posterior reconstrucción, manifestándose en dicho contrato que la firma «Samper Vallino, S. L.», anterior arrendataria de los bajos y determinadas viviendas, cedía el derecho de retorno a los citados don Luis y don Gonzalo, los cuales, una vez aceptada la cesión de derechos, renunciaban expresamente al retorno sobre las viviendas y se establecía como renta para los bajos la cantidad de 4.000 pesetas mensuales. Los arrendatarios en 1971 comunicaron al arrendador su propósito de traspasar a don Fernando E. indicándole el precio, sin que el arrendador manifestase conformidad o disconformidad ni ejercitase derecho de tanteo, por lo que transcurrido el plazo legal se formalizó escritura de traspaso, reteniendo el adquirente el 10 por 100 de la participación del propietario, que le fue ofrecida, y ante el continuado silencio se le demandó de conciliación para que se aviniese a reconocer el traspaso, a recibir la participación del mismo y las rentas de los meses transcurridos. En vista de la no avenencia, el adquirente del traspaso demanda al propietario para que se declare la validez del mismo, del que corresponde percibir el 10 por 100 al propietario, y que el demandado está obligado a reconocer como arrendatario al demandante.

Contestó el demandado oponiéndose a la demanda y formulando reconvencción, sosteniendo, en esencia, que al ser el documento de 1962 una continuación (por la cesión del derecho de retorno) de contrato anterior, le corresponde el 30 por 100 del precio del traspaso y, además, en todo caso, el aumento del 15 por 100 de la renta, por lo que solicita se declare

ilegal el traspaso o, subsidiariamente, que le corresponde ese 30 por 100 y el aumento de renta expresado.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y también la reconvencción, declarando válido y eficaz el traspaso y que la participación del propietario es del 30 por 100 y le corresponde un aumento del 15 por 100 de renta.

Apelada la sentencia por la parte demandante y comparecida sólo ésta, la Audencia Territorial de Valencia dicta sentencia confirmando parcialmente la apelada y revocando en cuanto al particular de la participación en el derecho de traspaso, que lo fija en el 10 por 100.

El demandado se personó «cualquiera que fuera su estado» e interpuso recurso de injusticia notoria apoyado en los siguientes motivos: 1.º) Amparado en la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, manifiesto error en la apreciación de la prueba documental. 2.º) En la causa 3.ª del propio precepto, infracción por violación del artículo 1.281, párrafos 1.º y 2.º del Código civil y la doctrina legal que cita en el mismo. 3.º) Basado en la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, aplicación indebida del artículo 1.204 del Código civil. 4.º) Apoyado en el artículo 136 de la LAU, infracción por interpretación errónea del artículo 39, 2.º, de la LAU.

El Tribunal Supremo, en ponencia de don Manuel González-Alegre Bernardo, declaró NO HABER LUGAR AL RECURSO.

Doctrina.—El primer motivo, porque se intenta combatir la declaración del Tribunal de Instancia sobre que en el documento de 1962 se convino la extinción del contrato de arrendamiento y un auténtico arrendamiento de cosa futura, por la de que ese arrendamiento era continuación del precedente, siendo un problema de interpretación jurídica de un documento y subsiguiente calificación de si el contrato a que se da vida en el mismo lo es simplemente modificativo del que se dice traer causa o extintivo del mismo, para lo que no ha de resultar cauce adecuado el elegido por el recurrente. El motivo segundo incurre en falta de claridad y precisión, pues o bien el Juzgador debió atenerse a la literalidad de los términos del documento o debió hacer prevalecer la intención sobre éstos si las palabras parecieren contrarias a dicha intención; mas en uno u otro supuesto, el precepto lo habría de ser el primero o el segundo de dichos párrafos, pero nunca, por tal concepto, ambos conjuntamente, defecto formal que, de conformidad con los artículos 136 de la LAU y 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es determinante de las desestimación, como igualmente el cuarto motivo, al dejar de determinar, contraviniendo lo dispuesto en el primeramente expresado artículo, la causa de las determinadas en el mismo, en la que el motivo se ampara. En cuanto al tercer motivo: Que el documento de 1962 supuso, respecto del primitivo contrato de arrendamiento, un cambio subjetivo, pues en su titularidad había de sustituir a la sociedad, los hermanos don Gonzalo y don Luis, como en cuanto al objeto, ya que desaparecidos los locales y viviendas que lo eran en el primitivo contrato, por la demolición, sólo se refería a los locales del nuevo edificio el nuevo documento, y se fija la renta con independencia del coste de la reedificación del inmueble, esto es, independiente de la que venía abonando la sociedad, por lo que aunque en el indicado documento no se hiciere constar una expresa declaración novatoria, no cabe duda de que así hay que entenderla, dada la significación real y económica de las modificaciones operadas reveladoras de un *animus novandi*, con la creación de una obligación nueva sustitutiva de la antigua.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR CESION, SUBARRIENDO O TRASPASO INCONSENTIDOS (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Una compañía mercantil regular colectiva y don N. N. son demandados por la propietaria de un local comercial, que había sido cedido en arrendamiento a la sociedad demandada sin que fuera autorizada en ningún momento para ceder, subarrendar o traspasar a terceras personas; que la sociedad tuvo existencia o vida jurídica hasta el 31 de julio de 1968, y a partir de entonces el local ha venido siendo ocupado exclusivamente por don N. N., socio de aquella sociedad.

Contestó el demandado oponiéndose a la demanda: negando, en primer lugar, que el edificio de autos perteneciera a la parte actora y exponiendo que en la demanda se pretende conseguir prescindir de lo pactado en documento de 13 de julio de 1968, y que ello debe tramitarse en un declarativo y no en juicio de desahucio, ya que fue la propia parte actora la que transmitió el local al demandado.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lérida dictó sentencia estimando la demanda.

Apelada, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la del Juzgado y desestimó la demanda, así como también las excepciones opuestas por el demandado.

La parte actora interpuso recurso de injusticia notoria amparado en dos únicos motivos, por el cauce de la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, acusándose en el primero violación de la causa 5.ª del artículo 114, y en el segundo violación del artículo 1.281 del Código civil referente a la interpretación del documento o contrato: ha de estarse al sentido literal de sus cláusulas cuando los términos son claros.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Mariano Gimeno Fernández, declaró HABER LUGAR AL RECURSO apoyándose en la siguiente

Doctrina.—Que en las sociedades personalistas, el arrendamiento se lleva a cabo en consideración a las personas que la integran, y más en este caso, cuando la actora, propietaria del local, y arrendadora era la esposa de uno de los socios de la compañía, que falleció, acordando el socio sobreviviente, demandado, continuar el negocio con disolución de la sociedad, en ejercicio del derecho de opción que le otorgaba la escritura fundacional de aquélla, sustituyéndose la personalidad de la sociedad, con la que la actora había concertado el arriendo, por la individual, independiente, del demandado, sin que para que pueda estimarse la existencia de consentimiento para esa alteración, traspaso o sucesión arrendaticia baste que no conste la oposición de la actora, pues para la perfección del traspaso, cesión o nuevo arrendamiento se exige, entre otros requisitos, el consentimiento expreso o tácito, pero deducido este último de hechos concluyentes e inequívocos, circunstancia que no concurre en el caso, pues la propia sentencia recurrida reconoce la existencia de divergencias entre la actora y demandado respecto a la liquidación de la sociedad y otros extremos, que resueltos por sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia, continuaron hasta que para poner fin a ellos se firmó un documento transaccional de 13 de julio de 1968, por el que quedaron resueltas todas las cuestiones derivadas de la extinguida sociedad; pero «no se transige ni se decide cuestión alguna referente a la ocupación por el demandado de los locales, asunto éste que se deja fuera para tratarlo y resolverlo separadamente», siendo la cláusula lo suficiente clara para que de la misma pueda deducirse la intención de las partes, sin necesidad de acudir a otros

clementos interpretativos, de que entre actora y demandado no se llegó a perfeccionar nunca acuerdo alguno de traspaso, cesión o arrendamiento nuevo.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR TRASPASO NO CONSENTIDO (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—El propietario de un local demanda al arrendatario del mismo solicitando la resolución del contrato, por estar ocupado dicho local por persona distinta del locatario. La solicitud de apertura al Ayuntamiento y el suministro de energía eléctrica figuran a nombre de esa tercera persona.

Contestó el demandado oponiéndose a la demanda alegando, en síntesis, que él adquirió el traspaso del local simplemente para ver de cobrar una deuda, y ello de acuerdo con el apoderado del arrendador, que autorizó el traspaso sin aumento de renta ni percepción de participación, y que precisamente con conocimiento del mismo apoderado había efectuado el traspaso a la persona actual arrendataria.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga dictó sentencia estimando la demanda.

Apelada la anterior, fue confirmada por la Audiencia Territorial de Granada.

El demandado interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes motivos: 1.º) Amparado en la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, por error de hecho en la apreciación de la prueba documental. 2.º) Amparado en la causa 3.ª del mismo artículo, violación de los preceptos 1.218, 1.225 y 1.232 del Código civil y de la doctrina contenida en las sentencias de 9 de mayo de 1902, 8 de noviembre de 1911, 18 de mayo de 1905, 13 de noviembre de 1900, 12 de marzo de 1952, 5 de enero de 1949, entre otras. 3.º) Amparado en la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, por infracción de ley, y doctrina legal, por interpretación errónea de los artículos 32 y 114, causa 5.ª, de la LAU, y sentencias de 8 de noviembre de 1966 y 27 de mayo de 1971, entre otras muchas que cita en el motivo.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Francisco Bonet Ramón, declara NO HABER LUGAR AL RECURSO con la siguiente

Doctrina.—Que declarado por el Tribunal *a quo* como probada la existencia del traspaso sin cumplir las condiciones previstas en los números 2.º y 4.º a 6.º del artículo 32 de la LAU, ni acreditado por el arrendatario, a quien incumbía la prueba de la existencia de consentimiento expreso, se impone la desestimación del primer motivo, porque la finalidad del recurso autorizado por la causa invocada es demostrar con documentos o informes periciales el error que manifiestamente aparezca de los mismos, pero no utilizar dichos documentos para configurar por su cuenta una nueva relación de hechos apreciando aquella prueba según su propio criterio, sustituyendo la función privativa atribuida a los Tribunales. Que igual suerte ha de correr el segundo motivo, ya que el Tribunal de Instancia ha hecho la valoración conjunta de la prueba, y la de confesión judicial no tiene valor superior o preferente a los demás medios y, en todo caso, no se ha impugnado la interpretación de los contratos de arrendamiento y de traspaso, en el último de los cuales el Juzgado ve justificada su existencia real. Y el tercero de los motivos también ha de perecer, por hacer supuesto de la cuestión frente a la ocupación efectiva del local por persona distinta del arrendatario declarada por la sentencia recurrida, que no ha sido desvirtuada eficazmente en el recurso.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION DE CONTRATO POR TRANSFORMACION DEL DESTINO DEL OBJETO ARRENDADO (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Arrendado con contrato único un local de planta baja para local de negocio, y la planta alta para vivienda del arrendatario, éste, trasladando su domicilio a otra vivienda, destinó la arrendada al negocio de mercería que tenía en el local. La propietaria y arrendadora ejerció la acción de resolución del contrato de arrendamiento conjunto de negocio y vivienda, por alterar el destino de la cosa arrendada sin consentimiento de la misma.

El demandado contestó la demanda oponiéndose a la petición.

El Juez de Primera Instancia de Ubeda dictó sentencia desestimando totalmente la demanda.

Apelada, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada confirmó la anterior resolución.

Se interpuso recurso de injusticia notoria, al amparo del número 3 del artículo 136 de la LAU, de infracción de ley, violación o, en su caso, no aplicación de la causa 6.ª del artículo 114 de la LAU.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Francisco Bonet Ramón, declaró HABER LUGAR AL RECURSO, de acuerdo con la siguiente

Doctrina.—Que precisado en el contrato el destino u objeto en el arrendamiento, para negocio la planta baja, y vivienda la parte alta, estableciendo que no se podrá dar otro uso que el pactado, y reconocido en la sentencia recurrida que el arrendatario no vive en la planta alta e incluso que la destina a las necesidades del comercio abierto al público instalado en la planta baja, la cuestión se limita a determinar si la transmisión operada de vivienda en local de negocio de los pisos primero y segundo da lugar o no a la resolución del vínculo locativo. Que dicha causa de resolución contempla la transformación de la vivienda en local de negocio o viceversa, lo que quiere decir que siempre que la transformación se produzca opera la resolución del contrato, sin que sean aplicables las sentencias citadas en la de Instancia, por referirse a supuestos distintos, en que no aparecían delimitados espacios determinados diferentes, que hicieron merecer al contrato el carácter de mixto, aparte de que ello supondría gravar al arrendador, que no ha autorizado esa transformación, con el derecho de traspaso que correspondía al local de negocio, extendiéndolo a los dos pisos cedidos para vivienda exclusivamente. Que el cambio de destino de parte delimitada, especialmente de la cosa arrendada, únicamente podría admitirse cuando el arrendatario demostrase que había mediado el consentimiento expreso del arrendador o bien tácito derivado de actos personales y directos del mismo, que conduzcan a formar convicción del propósito de éste de tolerar el cambio al serle conocido, pues no es lo mismo el simple conocimiento de un hecho, del que de ordinario nada puede deducirse, de aquellas derivaciones fácticas de las que puede presumirse la exteriorización de la voluntad, y por ello, del hecho de que un arrendador conozca la transformación que su inquilino está llevando a cabo, sin hacerle objeción ni oposición alguna, no cabe deducir una tácita conformidad con tal hecho, ya que, en general, el silencio no puede valer como declaración de voluntad, y sólo en determinadas condiciones cabe interpretarlo como tácita manifestación de consentimiento.

IV. SUCESIONES

INTERPRETACION DE TESTAMENTO: Artículo 675 del Código civil (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1973).

El Juzgador deberá atenerse al literal contexto de las cláusulas testamentarias cuando sea claro y expreso y se pueda deducir de su sola lectura la intención del testador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 18 de la misma capital, conforme a los siguientes razonamientos, de los que se desprenden los hechos que motivaron el pleito:

Considerando que las cuestiones a examinar, que fueron objeto de controversia en la Instancia, que están estrechamente relacionadas con la motivación del recurso, son las siguientes:

A) Si el 50 por 100 del establecimiento mercantil denominado «La Casa de las Camas», situado en esta capital, calle Conde de Peñalver, número 2, es propiedad de la recurrente—petición primera de las de la demanda—, porque del 25 por 100 del mismo, perteneciente a su hermana, madre natural de la recurrida, dispuso la madre de aquélla, al venderle el 50 por 100 por escritura pública de 20 de junio de 1947, correspondiendo el otro 50 por 100 al caudal relicto de dicha vendedora, o si no pertenece a la recurrente ese 50 por 100, por ser propiedad de la recurrida un 25 por 100—petición cuarta de la reconvención.

B) Si el 50 por 100 del establecimiento mercantil «Muebles Peñalver», situado en el sótano de la casa número 6 de la calle mencionada, es de la propiedad de la sociedad de gananciales integrada por la recurrente y su marido, correspondiendo el otro 50 por 100 al caudal relicto de su madre—petición segunda de la demanda—, porque dicho establecimiento fue creado en el año 1954, con la aportación de un crédito del Banco de Bilbao y de los muebles de «La Casa de las Camas», de la que fue propietaria la madre de la recurrente en un 50 por 100 y con la aportación de otro 50 por 100 efectuado por ésta, o si el establecimiento citado corresponde en su totalidad a la madre de la recurrente y abuela natural de la recurrida—petición quinta de la reconvención—porque fue creado con la exclusiva aportación de aquélla, derivada de la parte de beneficios que obtuvo en «La Casa de las Camas» y de los créditos bancarios que logró.

C) Si el inmueble situado en la calle de Jaén, número 6 provisional, hoy número 2, y la participación indivisa de 1.108,96 pesetas, sobre el valor total de 3.200 pesetas asignado al inmueble de la antigua calle de Lugo, hoy de Palencia, por la que tiene su entrada, con el número 13, no forman parte del caudal relicto de la madre de la recurrente, porque corresponden a ésta, como sustituta fideicomisaria en la herencia de su abuelo materno—petición cuarta de la demanda—, o corresponden a dicho caudal relicto—petición sexta de la reconvención.

Considerando que el Tribunal de Instancia, al desestimar la petición primera de la demanda y estimar la cuarta de la reconvencción, examinó la cuestión relativa a si a la escritura de compraventa de 20 de junio de 1947 se le podía atribuir la eficacia probatoria pretendida por la recurrente; así, pues, tuvo en cuenta dicho medio probatorio—considerando noveno de la sentencia del Juzgado, aceptado en el número 3 de la sentencia impugnada—, no obstante el cual llega a la conclusión, derivada de la valoración de la prueba, de que «no se prueba en autos cómo y cuándo pagó la recurrente la adquisición y cómo pudo adquirir todas las cuotas; que la existencia de dos copias de la escritura mencionada totalmente distintas, que la actora, hoy recurrente, no procuró aclarar, impide entrar en el examen de las cuotas que se dicen adquiridas, y que respecto a las de 'La Casa de las Camas' existen claros actos propios en la liquidación provisional del impuesto de sucesiones, en el que como bien, con el número 8, se declara el negocio, asignando el 50 por 100 al caudal relicto y el 25 por 100 cada una de las partes en este litigio; declaración de especialísimo relieve, pues además de la importancia del establecimiento, las partes conocen el primitivo carácter ganancial, las herencias anteriores, y la actora los documentos respecto al mismo, y a pesar de ello asigna a la demandada el 25 por 100, y a la causante el 50 por 100 de la propiedad, asignación que coincide con todos los demás principios de prueba y presunciones»; por tanto, no atribuyó a la escritura de compraventa la eficacia probatoria derivada de la presunción implícita en los documentos públicos, de conformidad con el artículo 1.218 del Código civil, de que hacen prueba contra los contratantes, en lo concerniente a las declaraciones hechas en ellos, porque tiene reiteradamente declarado esta Sala que las manifestaciones de los interesados pueden ser desvirtuadas por los demás medios probatorios, entre los cuales figura, en el caso de autos, el documento al folio 151 y siguientes, de 21 de abril de 1966, cuya fecha, contenido y el estar firmado no sólo por el albacea designado por la madre de la recurrente, sino, además, por ésta y la recurrida, son circunstancias de excepcional relevancia, a los fines de combatir la presunción mencionada, por todo lo cual es inviable el motivo cuarto, por error de derecho por violación del artículo citado, amparado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil.

Considerando que tampoco puede prevalecer el motivo quinto, aducido por igual vía procesal que el anterior, por error de derecho, consistente en la infracción por violación del artículo 1.228 de igual Ley sustantiva civil, porque ninguno de los documentos, que, según la recurrente, no fueron valorados conforme a dicho precepto, obrantes a los folios 53, 389 y 429 de los autos, acreditan que el 50 por 100 del establecimiento «Muebles Peñalver» es propiedad de la recurrente, dado el contenido de ellos, tenido en cuenta por el Tribunal *a quo* para desestimar la petición segunda de la demanda: la argumentación de la recurrente evidencia que lo que pretende, con la finalidad mencionada, es que se atribuya a esos documentos dicha eficacia probatoria.

Considerando que, evidentemente, el inmueble situado en la calle Jaén, número 6, y la participación indivisa sobre el valor total asignado al predio de la antigua calle de Lugo han de formar parte del caudal relicto de la madre de la recurrente, porque es cierto que, según el cuaderno participacional de los bienes del abuelo materno de la recurrente, obrante a los folios 224 y siguientes de los autos, se adjudicó a ésta, en pago de su mitad del tercio de mejora, el usufructo de los bienes mencionados, dejándose la consolidación del dominio para sus hijos si falleciese con ellos, ya que no podría consolidarlo hasta su fallecimiento—supuestos quinto y sexto de la partición—; pero es igualmente indudable que esas adjudicaciones se efectuaron sin tener en cuenta en su totalidad el contenido de la cláusula

la séptima, en relación con la sexta del testamento de dicho causante, que la Sala de Instancia los interpreta, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 675 del Código civil, ateniéndose al sentido literal de sus términos, y llega a la conclusión de que «no se establece en lugar alguno del testamento que los bienes hayan de reservarse en favor de la sucesión legítima de la madre de la recurrente, en el caso de morir ésta con sucesión legítima»—considerando quinto de la sentencia del Juzgado, aceptado—, y según reiterada doctrina de esta Sala, establecida al interpretar el artículo 675, ya citado, el Juzgador deberá atenerse al literal contexto de las cláusulas testamentarias cuando sea claro y expresivo y se pueda deducir de su sola lectura el propósito o intención del testador, cual sucede con las mencionadas, afirmación fáctica, la mencionada anteriormente, no combatida por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, ni por el número 1, con invocación de infracciones de las normas del Código civil, reguladoras de los actos de última voluntad, ya que si bien al desarrollar el motivo primero se hace referencia al artículo 675 de dicho cuerpo legal, no se expresa el concepto de infracción y, además, se crea el supuesto, no verificado, de que la madre de la recurrente falleció sin sucesión legítima, y que por ello no pudo consolidar el dominio. La infracción por violación de los artículos 658 y 659 del Código civil, aducida en el motivo primero; la aplicación indebida del artículo 784, objeto del motivo segundo, y la violación del 658, de igual Ley sustantiva alegada en el motivo tercero, todos ellos amparados en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, no tiene otro fundamento, según evidencian los argumentos utilizados en dichos motivos, que la recurrente, prescindiendo de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, no combatida eficazmente, contempla supuestos distintos, no verificados, para que prospere su criterio, en lo concerniente a la interpretación de las referidas cláusulas testamentarias y no el del Tribunal de Instancia, lo que ha de originar no pueden prevalecer dichos motivos; pero es que, además, son hechos de excepcional significación y relevancia, con sólida base probatoria en los autos, que refuerzan la inviabilidad de los motivos mencionados, los de que la expresada partición de bienes se verificó el 2 de enero de 1924, y el momento determinante del cumplimiento o incumplimiento de la condición, a la cual el testador afectó tanto al legado de la nuda propiedad del tercio de libre disposición, como a la mitad del tercio de mejora, no tuvo lugar hasta el 24 de octubre de 1965, fecha del fallecimiento de la madre de la recurrente, y que en la escritura de aprobación de dicha partición no intervino ésta ni tampoco la recurrida.

NULIDAD DE PARTICION. MENOR DE EDAD. DEFENSOR JUDICIAL.
CITACION PARA INVENTARIO: *Artículos 165 y 1.057, párrafo 2.º, del Código civil* (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1973).

Los artículos 165 y 1.057, párrafo 2.º, del Código civil son de carácter imperativo o derecho necesario.

Hechos.—Don M. L. F. casó en primeras nupcias con doña D. A. J., la cual falleció sin testamento, siendo declarados herederos *ab intestato* sus dos hijos legítimos, R. y M. L. J., por partes iguales, y su viudo en la cuota legal.

Don M. L. F., que contrajo segundas nupcias con doña C. B. G., de cuyo enlace tuvo una hija, llamada D. L. B., menor de edad no emancipada al ocurrir los hechos, falleció bajo testamento notarial abierto, en el que

legó el usufructo viudal y vitalicio del tercio de libre disposición a su esposa, doña C. B. G., en cuyo legado se entienden comprendidos sus derechos legitimarios, y la nuda propiedad a su hija menor, D. L. B., a la que, además, mejoró en el tercio de este nombre, y en el de legítima estricta instituyó herederos por partes iguales a sus tres hijos, R. y M. L. J.—los dos de su primer matrimonio—y D. L. B.—hija de su segundo enlace—, nombrando albacea y contador partidor al Letrado M. L. G., quien, en unión de la viuda, C. B. G., practicó la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de herencia de dicho causante, en escritura de fecha 8 de agosto de 1964.

Ante determinadas gestiones realizadas por los dos hijos del primer matrimonio, disconformes con dicha partición, el contador partidor los requirió notarialmente, entre otros extremos, de citación para la práctica de inventario, con fecha 12 de junio de 1965, y el 12 de enero siguiente notificó notarialmente a los mismos que el día antes, esto es, el 11 de enero de 1966, se había otorgado por él y la viuda escritura de adición y ampliación de la particional anteriormente autorizada en 8 de agosto de 1964.

Los hijos del primer matrimonio del causante, don R. y M. L. J., estiman que el contador partidor «ha faltado a sus deberes en la práctica de la partición, como lo revelan los defectos y anomalías siguientes: no haber verificado simultáneamente la liquidación de los bienes gananciales de los dos mencionados matrimonios; no haber inventariado los bienes de la herencia, con citación de los mismos; no haber sido previamente nombrado defensor judicial a la menor D. L. B.; no haberse ajustado la partición estrictamente al testamento del causante; haber adjudicado a la viuda, doña C. B. G., a pesar de haber renunciado expresamente al legado de usufructo viudal y vitalicio del tercio libre, bienes en pleno dominio; haber valorado arbitrariamente los bienes inmuebles, disminuyendo los precios de los adjudicados a la viuda y a su hija, D. L. B., y aumentando el valor de los adjudicados a R. y M. L. J.». Además, estiman la partición rescindible por lesión en más de la cuarta parte de la legítima de los actores, quienes, conforme a ello, interesan en su demanda se declare: que la herencia de la causante, doña D. A. J., corresponde a sus hijos legítimos, R. y M. L. J.—actores, apelantes y recurrentes—, por iguales partes, y al cónyuge supérstite, don M. L. F., en la porción y concepto del artículo 834 del Código civil, conforme al auto firme del Juzgado de 30 de diciembre de 1964; que constituye la herencia de dicha señora la mitad de los bienes gananciales, además de sus parafernales; que la herencia del causante, don M. L. F., está integrada, asimismo, por sus bienes privativos, por su mitad de gananciales de su primera sociedad conyugal con doña D. A. J. y por su mitad de gananciales de su segundo matrimonio con la demandada, doña C. B. G.; que por tener ésta la libre disposición de sus bienes, es válida e irrevocable la renuncia que hizo, en escritura de 8 de agosto de 1964, al legado dispuesto a su favor por su marido del usufructo viudal y vitalicio del tercio de libre disposición de sus bienes, y que atendida la indicada renuncia, es nula, de pleno derecho, la adjudicación que para su pago se le hizo de bienes en pleno dominio; la nulidad del pretendido inventario de la aludida supuesta partición; para el caso de no concederse los pedimentos anteriores, la rescisión de las supuestas operaciones particionales. Y se condene a las demandadas, doña D. B. G. y D. L. B., ésta mediante su legal representante, a practicar nueva partición, así como los demás pedimentos, que son consecuencia de lo anterior.

El Juzgado de Primera Instancia de La Orotava desestimó la demanda en todas sus partes, absolviendo a los demandados. Apelada la sentencia por los actores, la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dio lugar al recurso en parte, declarando: que los acto-

res son herederos de su madre, doña D. A. J., en unión de su difunto padre, aquéllos por su propio derecho y en iguales partes, y éste como usufructuario de dos novenos de la herencia; que constituye la herencia referida la mitad de los bienes gananciales, adquiridos por título oneroso durante su primer matrimonio, teniendo tal naturaleza jurídica los que se concretan en las escrituras de 16 y 19 de junio y 29 de julio de 1950; que la herencia del causante, don M. L. F., se halla integrada, además de los bienes relacionados en el inventario de la partición impugnada, por la mitad de las fincas señaladas; que pertenecen a los actores los frutos producidos por los bienes de la herencia de su madre a partir de la muerte de su padre; que la liquidación de la mentada sociedad de gananciales habrá de hacerse en ejecución de sentencia y conforme a los modelos sentados en el Código civil, y a efectos de la partición suplementaria de la mitad restante comparecerán las partes debidamente representadas, pudiendo protocolizarse sus operaciones si así se solicita, y se absuelve a los demandados de las demás peticiones de la demanda.

Disconformes con esta sentencia, los actores y apelantes formalizaron recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal, articulado en diez motivos, de entre los cuales interesa el quinto, pues en base al mismo el Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida. Este quinto motivo se fundamenta en la omisión del nombramiento de defensor judicial para la hija menor de edad, que no podía estar representada por su madre debido a existir intereses contrapuestos, ya que se practica no sólo la partición de la herencia (a cuya cuota renuncia la viuda), sino también la previa liquidación de la sociedad conyugal (a la que no renuncia la viuda), y resulta que los únicos que intervinieron en dichas operaciones de liquidación de sociedad conyugal y partición fueron la viuda y el contador partidor. Dice así el motivo: «Quinto: Al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la LEC, se denuncia la infracción, por el concepto de violación, al no haberse aplicado, debiendo serlo, los artículos 165, 1.057, en relación con el artículo 4, todos del Código civil, así como de la doctrina legal establecida en las sentencias de ese Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1934, 26 de noviembre de 1955, 14 de diciembre de 1957, 30 de noviembre de 1961 y 18 de febrero de 1969.»

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara haber lugar, en parte, a la casación de la sentencia recurrida, la que anula en cuanto al particular del fallo absolutorio de la nulidad de las escrituras particionales de la herencia de don M. L. F., subsistiendo en los demás pronunciamientos.

La doctrina jurisprudencial es la siguiente:

Considerando que la institución de la patria potestad se configura no como un derecho exclusivo de los padres sobre sus hijos menores de edad no emancipados, sino más bien como una función atribuida a aquéllos para el cumplimiento de un deber de asistencia de los últimos, en su aspecto personal y patrimonial, en tanto llega el momento de su emancipación, por suponerse haber alcanzado el suficiente desarrollo y capacidad para poder regir su persona y bienes, lo que determina la extinción de la patria potestad; de ahí que cuando entre los padres ejercientes de la patria potestad y los hijos sometidos a ella se produzcan situaciones de contraposición de intereses, el artículo 165 del Código civil preceptúa el nombramiento de un defensor judicial, a fin de tutelar los derechos de los referidos menores, limitada la intervención de aquél al asunto que haya determinado su nombramiento, disposición que según establece, entre otras, la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1969, es de carácter imperativo y por ello de ineludible observancia, debiendo ser interpretada con la necesaria amplitud, impidiendo quede inaplicado aquel precepto,

por criterios extremadamente restrictivos, atendida la primordial finalidad de la defensa del menor, protección la expresada, establecida en el citado precepto, que inspira o se ve reflejada en el artículo 1.057 del Código civil, al imponer al comisario, a quien le haya sido encomendada por el testador causante de la herencia la partición de los bienes de la misma, que cuando entre los coherederos exista algún menor, ha de formalizarse el inventario con citación de todos los coherederos, acreedores y legatarios, disposición que, en consecuencia, tiene el mismo carácter de derecho necesario.

Considerando que, como sostiene la sentencia de 25 de noviembre de 1965, cualquiera que sea el alcance de la citación, es indudable que la ley estimó necesaria y la impone, cuando se da el supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código civil, concediendo al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, ya que cualquier defecto u omisión en el mismo puede reflejarse en la confección de la partición en sus distintas fases u operaciones; no siendo tal precepto más que reflejo de la protección especial dispensada por la ley con carácter imperativo a los menores, a que antes se ha hecho referencia, y por ello su incumplimiento determina la nulidad de todas las operaciones que integran la partición, puesto que, además, las facultades del contador partidor para llevar a cabo las subsiguientes operaciones que integran aquélla no quedan expeditas, en el supuesto contemplado en autos, en tanto no lleve a cabo la práctica del inventario, con citación de todos los herederos y el defensor judicial del menor, cuyo nombramiento pudo solicitar del Juzgado, al amparo de la amplitud que para ello otorga el párrafo 2.º del ya citado artículo 165 del Código civil.

Considerando que, como se mantiene en los precedentes razonamientos, el precepto del artículo 165 del Código civil, que se refleja en el 1.057 del mismo cuerpo legal, es de derecho necesario, establecido por la ley en defensa de los intereses del menor, que nunca deben quedar desamparados por omisiones, defectos o inhibiciones de las personas llamadas a suplir su falta de capacidad o ejercer la actividad necesaria para que aquél se halle debidamente representado; el párrafo 2.º del artículo 165 del Código civil, ya citado, legítima para formular la solicitud de nombramiento de defensor no sólo al padre, la madre o al Ministerio Fiscal, sino a cualquier persona capaz de comparecer en juicio, lo que viene a demostrar la amplia permisión de la legitimación, encaminada a facilitar, en todo caso, la defensa de los intereses de un menor, al margen del interés del solicitante, y si en el caso de autos, según reconoce la sentencia recurrida, se omitió el nombramiento de defensor y existían, asimismo, intereses económicos antagónicos entre la madre y su hija menor de edad, el precepto del párrafo 2.º del artículo 1.057 podría quedar sin efecto y burlada su finalidad si con un criterio restrictivo no se permitiere que por cualquiera de los interesados en la herencia, mucho más cuando los actores no consta acreditado fueran citados para la práctica del inventario, que se llevó a cabo en la primera escritura particional, pudiera ser reclamado su cumplimiento y la consiguiente nulidad de la partición, aparte de que conocido el hecho por el Tribunal, por el carácter de derecho necesario de los preceptos citados, debe deducir de aquél las consecuencias necesarias y procedentes en derecho.

Considerando que en base de los razonamientos que preceden, procede estimar el motivo quinto del recurso formulado, al amparo del número 1 del artículo 1.692, en el que se acusa la violación de los artículos 165 y 1.057 del Código civil, y, en consecuencia, de conformidad con lo que determina el artículo 4º del Código civil, cuya violación por inaplicación también es invocada, declarar la nulidad de la escritura de partición de

herencia de don M. L. F., autorizada por el Notario de La Orotava don V. L. V., en 8 de agosto de 1964, y la adicional de la misma, autorizada por el propio Notario, en 11 de enero de 1966, sin excluir de dicha nulidad a la renuncia que en la propia escritura particional efectúa la viuda, doña C. B. G., del usufructo del tercio de libre disposición que le legó su esposo con cargo a sus derechos legitimarios, o sea, la cuota legal usufructuaria, porque declarada la nulidad de la referida escritura particional, es indudable que debe alcanzar a todo su contenido, ya que en las nuevas operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales y partición y adjudicación de bienes y consiguiente inventario de éstos, que ha de precederla, pueden variar los supuestos de hecho que la referida doña C. B. G. tuviera en cuenta para llevar a cabo aquella renuncia, todo lo cual hace innecesario entrar en el estudio del motivo primero del recurso, así como del sexto.

Considerando que en cuanto al motivo noveno, que se formula por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con carácter subsidiario del octavo, que ha sido desestimado, acusándose implicación del artículo 1.431 del Código civil, la simultaneidad de la liquidación de las dos sociedades de gananciales, como dice la sentencia de Instancia, no siempre es inexcusable, bastando que el resultado de la primera se lleve a la segunda, lo que no debe determinar en el presente caso la nulidad de la partición, que, además, estimado el motivo quinto, resulta innecesario.

Considerando que en base a los razonamientos que preceden, debe acordarse haber lugar a la casación parcial de la sentencia recurrida, como consecuencia del motivo quinto del recurso, en cuanto se admite la petición de nulidad de las escrituras particionales de la herencia de don M. L. F., con la extensión que se expresa en los razonamientos que preceden, lo que hace innecesario entrar en el estudio de los motivos tercero, cuarto y décimo, tendentes a impugnar desde distintos puntos de vista la referida partición.

Y, en consecuencia, se declara en la segunda sentencia que los actores son herederos de su madre, doña D. A. J., en unión de su difunto padre, aquéllos por su propio derecho y en iguales partes, y éste como usufructuario de dos novenas partes de la herencia; que constituye la herencia referida la mitad de los bienes gananciales adquiridos por título oneroso durante el primer matrimonio, teniendo tal naturaleza jurídica los que se concretan en las escrituras de 16 y 19 de junio y 29 de julio de 1950; que pertenecen a los actores los frutos producidos por la herencia de su madre a partir de la muerte de su padre; que la liquidación de la mentada sociedad de gananciales habrá de hacerse en ejecución de sentencia y conforme a los módulos sentados en el considerando undécimo de la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 4 de marzo de 1972, en cuyos extremos no ha sido objeto de casación. Y se declara igualmente la nulidad de las escrituras de partición de herencia de don M. L. F., de 8 de agosto de 1964, y la adicional a la misma, de 11 de enero de 1966, alcanzando dicha nulidad a todo el contenido de las mismas, decretándose también la nulidad de las inscripciones que pudieran haberse realizado en el Registro de la Propiedad como consecuencia de las adjudicaciones hechas en las mencionadas escrituras, debiéndose aportar a la masa hereditaria los bienes que hubieran sido objeto de adjudicación en las mismas, y caso de haberse enajenado en todo o en parte, aquellos que les hubieran sustituido o su valor, al objeto de su inclusión en el nuevo inventario que habrá de preceder a las operaciones particionales, lo que se llevará a cabo previo nombramiento de defensor judicial a la menor D. L. B., con todas las formalidades legales en período de ejecución de sentencia, si las partes interesadas no lo verificaran voluntariamente de

mutuo acuerdo, desestimándose las demás peticiones de la demanda no acogidas en este fallo, de las que se absuelve a los demandados.

COMENTARIO.—No resulta todo lo clara que fuera de desear la doctrina jurisprudencial en orden a la exigibilidad de los requisitos de la partición—concretamente, el nombramiento e intervención del defensor judicial—efectuado por contador partidor testamentario cuando existen menores de edad o incapacitados, sobre todo si se la pone en relación con la que parece desprenderse de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado, la cual mantiene un criterio más flexible.

Por una parte, nos encontramos con que el artículo 1.057, en relación con su precedente, sólo exige al comisario o contador partidor (cargos que, según la doctrina más autorizada, pueden considerarse equivalentes), cuando haya interesado algún menor de edad o incapaz, que efectúe inventario de los bienes de la herencia con citación de los coherederos (no, por tanto, según la dicción literal, del mismo menor o incapaz ni de su representante legal), acreedores y legatarios; pero sin referirse para nada al defensor judicial del artículo 165 del Código civil, que, como precepto de alcance general, no debería jugar cuando existe otro especial, cual es el propio artículo 1.057 del Código civil. La doctrina no sentía la necesidad de nombrar defensor judicial a los menores o incapaces existiendo contador partidor testamentario. Así, el profesor CASTÁN TOBEÑAS no se plantea siquiera la cuestión y sólo alude a la innecesidad de la aprobación judicial en tal supuesto (*Derecho civil, común y foral*, tomo VI, vol. 1.º, Madrid, 1960, pág. 283). Lo cual es lógico y, además, congruente con la situación real de los intereses, pues la práctica viene demostrando la inoperancia de la gestión puramente nominal de los defensores de menores en estos casos, con la contrapartida de dilación y mayores gastos que su nombramiento origina. Añadir una garantía puramente nominal sobre otra más efectiva (como debida al propio nombramiento por el padre o la madre, que ya elegirían persona de su confianza al ser advertidos por el Notario de la trascendencia de su elección) no conduce a nada práctico. Es sintomático que en las *Leyes civiles*, de MEDINA Y MARAÑÓN, no se cite el artículo 165 entre las referencias que siguen al artículo 1.057, debido, sin duda, a que no estima el compilador que exista relación o conexión entre ambos preceptos. Si, efectivamente, la partición hecha por comisario o contador partidor se equipara a la efectuada por el propio testador en el Código civil, no se ve clara la razón de exigir mayores requisitos a aquélla que a ésta, máxime teniendo en cuenta el precepto especial del artículo 1.057 del Código civil. La explicación puede consistir en que el Tribunal Supremo viene interpretando la necesidad de citar para inventario a los representantes legales de los menores o incapaces, en este caso, y, claro está, tal representante del menor no lo puede ser el padre o la madre que tenga intereses opuestos, en cuyo supuesto hace actuar al artículo 165 del propio Código. Mas también podría interpretarse la exigencia de la citada referida únicamente a aquellas personas interesadas en la herencia que sean idóneas o aptas para ser citadas, y que el nombramiento de comisario o contador partidor hecho por el testador encierra en sí mismo fuerza bastante para convertirle en órgano imparcial, tutelador de los intereses de los menores y que, eso sí, para evitar posibles impugnaciones por los otros llamados a la herencia, deberá citarlos para la práctica de inventario, pues la impugnación redundaría en perjuicio del propio menor, entre otras consecuencias, por originar mayores gastos.

Sin embargo, no lo viene entendiendo así la jurisprudencia, quizá por implicar en la partición la previa liquidación de la sociedad conyugal, que, en realidad, es cosa distinta, y a la que no se refiere, desde luego, el artículo 1.057 del Código civil. Según esto, parece que siempre que haya que liquidar, como acto previo a la partición (siquiera se efectúe en el

mismo documento), una sociedad conyugal y el cónyuge supérstite no renuncie a cuanto en ella le corresponde, aunque lo haga a su participación en la herencia del difunto, habrá que nombrar defensor judicial a los hijos menores de edad, incluso en el supuesto de que exista contador partidor testamentario. A efectos sistemáticos podemos distinguir los siguientes casos:

1. Partición con liquidación de sociedad conyugal:

A) El cónyuge supérstite no renuncia a su participación en ella ni a la que le corresponde en la herencia de su consorte difunto. En este caso es preciso nombrar defensor judicial a los hijos menores de edad, y el contador partidor deberá citarle para la práctica del inventario.

B) El cónyuge supérstite renuncia a su participación en la herencia del difunto, pero no a lo que le corresponde en la disuelta sociedad conyugal. Es también preciso el nombramiento de defensor judicial y su citación al inventario. Razón: el artículo 1.057 se refiere sólo a la partición, no a la liquidación de la sociedad conyugal, y es evidente la existencia de intereses opuestos entre el viudo y sus hijos, por lo que entrará en juego el artículo 165.

C) El cónyuge supérstite renuncia a su participación en la disuelta sociedad conyugal, pero no a lo que le corresponde en la herencia del difunto. Aquí ya no puede invocarse la misma razón que en el supuesto anterior y parece que este caso deberá equipararse al de que no exista sociedad conyugal que liquidar, el cual veremos más adelante. No obstante, la jurisprudencia exige el nombramiento y citación del defensor de menores.

D) El cónyuge supérstite renuncia tanto a su participación en la sociedad conyugal como en la herencia de su difunto consorte. En este caso no hace falta nombrar defensor judicial a los menores, por no existir intereses opuestos entre ellos y el padre o madre viudos, y el contador partidor citará a éste para la práctica de inventario, como legal representante de sus hijos menores de edad.

2. Participación sin liquidación de sociedad conyugal (ni restitución de aportaciones con subrogación, etc.).

E) Porque ésta no existe (v. gr.: se pactó separación absoluta de bienes) o se ha liquidado con anterioridad (p. ej.: causante separado judicialmente):

a) El cónyuge supérstite renuncia a su participación en la herencia del difunto. Estamos en un caso similar al D), antes visto, y no hará falta nombrar defensor judicial.

b) El supérstite no renuncia a lo que le corresponda en la herencia del difunto. El supuesto parece que puede asimilarse al anteriormente designado bajo la letra C), por lo que le son aplicables las mismas consideraciones.

F) Porque el causante era soltero o viudo (v. gr.: deja sólo hijos naturales reconocidos o adoptivos, en el primer caso). Este supuesto parece que encaja exactamente en el artículo 1.057 y, por tanto, no será preciso constituir previamente a la partición el consejo de familia ni nombrar tutor y protutor. El nombramiento de defensor sería, desde luego, improcedente, por cuanto no puede haber interés opuesto al de un padre o madre inexistentes. Si se exigiera la previa constitución del organismo tutelar, ¿qué ventajas habría reportado el nombramiento de contador partidor testamentario? Puede argumentarse que de no nombrarse consejo de familia, tutor y protutor, no podría cumplirse el requisito de la citación para el

inventario en cuanto a los menores, dado que éstos carecen de aptitud para ser citados. Entiendo que la objeción no es válida, ya que el precepto debe interpretarse no en el sentido de que se exija la citación a todos los coherederos, acreedores y legatarios, en todo caso, incluidos los mismos menores, sino a los coherederos de los menores, no a éstos o sus legales representantes, los acreedores y los legatarios.

Todo lo dicho, lo ha sido con carácter de generalidad, ya que en casos concretos, no obstante la inexistencia de liquidación de previa sociedad conyugal, pueden existir razones que hagan dudar de la posible inexistencia de intereses opuestos. Lo cual nos lleva a la conclusión de que el defensor judicial de menores será preciso cuando no exista *ab initio* la suficiente garantía de imparcialidad u objetividad deseables por aparecer en algún modo como cointerésados el padre o la madre.

Entre otros, puede verse: FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL: *Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario*, «R. D. P.», junio 1968, págs. 524-544; GÓMEZ MORÁN: *Tratado teórico-práctico de particiones*; LORAQUE: *Tratado práctico sobre operaciones particionales*, «Boletín del I. Colegio Notarial de Granada», Citación a herederos, acreedores y legatarios, año 1962, pág. 247.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA APROBACION POR SILENCIO ADMINISTRATIVO DE LOS PLANES DE URBANISMO DE INICIATIVA PARTICULAR (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1974).

I. ANTECEDENTES

1. Don J. L. V. presentó, el 5 de agosto de 1970, ante la Comisión Provincial de Urbanismo de S., para su aprobación, un plan parcial de ordenación urbana de finca de su propiedad, situada en dos términos municipales de la provincia.

2. El 10 de febrero de 1971, la Comisión Provincial de Urbanismo notifica un acuerdo, dictado el anterior día 2, por el que se aprueba inicialmente el plan, pero con las limitaciones impuestas en el volumen de edificabilidad y en el tipo de construcción.

3. El 26 de febrero de 1971 se interpone recurso de alzada contra el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo.

4. El 31 de julio de 1971, el Ministerio de la Vivienda dicta resolución desestimando el recurso de alzada.

5. El 30 de septiembre de 1971 se interpone recurso contencioso-administrativo.

II. LA SENTENCIA DE LA SALA CUARTA DE 16 DE FEBRERO DE 1974

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en la sentencia de 16 de febrero de 1974, de que fue ponente Enrique Medina Balmaseda, estimó el recurso contencioso-administrativo y consideró aprobado el plan parcial por silencio administrativo.

En los considerando tercero a quinto de la sentencia se sienta esta importante doctrina sobre aprobación de los planes de urbanismo de iniciativa particular por silencio administrativo:

«Considerando que el artículo 32 de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana constituye el precepto fundamental para este debate, cuando establece que la aprobación definitiva de los proyectos sometidos al estudio del organismo competente han de decidirse en el plazo de seis meses, transcurrido el cual sin comunicar la resolución se entenderán aprobados por silencio administrativo.»

«Considerando que dentro ya de una mayor concreción, en cuanto al supuesto de autos, el artículo 40 de la Ley invocada y el 42 de la misma,

en relación con el 32, antes aludido, facultan a los particulares para formar planes como el presentado por el recurrente, que habrán de presentarse en la Comisión Provincial de Urbanismo cuando afecten, como ocurre en el caso del recurso, a varios municipios, requisito éste debidamente observado por la parte actora y admitido por la demandada.»

«Considerando que al atribuir la tan citada Ley del Suelo, en su artículo 28, la competencia para aprobar definitivamente, a las Comisiones Provinciales de Urbanismo, los planes que no sean provinciales o comarcales a los relativos a capitales de provincia o poblaciones de más de 50.000 habitantes, es claro que a la de Sevilla correspondía aprobar o desaprobado el proyecto de la parte demandada dentro de los plazos establecidos en el artículo 32 de la mencionada Ley, que es el de seis meses, como ya se consignó anteriormente, y siendo así que la Comisión Provincial de Urbanismo de Sevilla comunicó su resolución de 2 de febrero de 1971 al interesado el 9 del mismo mes, superó los seis meses determinados en el artículo 32, ya invocado, y dio lugar a que se produjese el silencio administrativo positivo, que reclama el recurrente en este recurso jurisdiccional.»

III. COMENTARIO

1. *El silencio administrativo en los planes de iniciativa particular*

El problema que en este primer motivo del recurso se planteaba es uno de los más trascendentales y graves que plantea nuestro ordenamiento urbanístico. De aquí la importancia de la doctrina que sienta la sentencia. Puede resumirse así:

a) El ordenamiento urbanístico sanciona con carácter general el silencio positivo en el procedimiento de aprobación de planes de urbanismo. Así, el artículo 32 de la Ley del Suelo, en su párrafo 2.º, al decir: «La corporación u organismo que hubiere redactado el plan o proyecto, en vista del resultado de la información lo aprobará provisionalmente, con las modificaciones que procediesen, y se someterá al Consejo Nacional o a la Comisión de Urbanismo competente para otorgar la aprobación definitiva, a fin de que lo examinen en todos sus aspectos y decidan en plazo de seis meses desde el ingreso del expediente en el Registro, transcurrido el cual sin comunicar la resolución se entenderá aprobado por silencio administrativo.»

b) Cuando los planes son de iniciativa particular, ¿cómo juega aquel precepto? Pues parece indudable su aplicación a todos los supuestos de planes. Luego si es aplicable a todo tipo de plan, también lo será a los de iniciativa particular.

c) Pues bien, cuando el particular presenta la solicitud de aprobación del plan en la Comisión Provincial de Urbanismo, ¿cómo se computa aquel plazo? Parece evidente que a partir del momento de presentarse la solicitud. Así lo acreditan las siguientes razones:

1.º Porque si lo decisivo es el momento de «ingreso del expediente en el Registro» de la Comisión Provincial de Urbanismo (así lo dice el art. 32, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo), este ingreso del expediente en el Registro se produce en el supuesto del artículo 42, párrafo 2.º, cuando se presenta por el interesado el plan de ordenación con todos sus documentos solicitando su aprobación definitiva.

2.º Porque, en otro caso, la garantía decisiva que para el particular supone la instauración del silencio administrativo positivo quedaría burlada si no pudiera jugar, en los procedimientos de iniciativa particular, hasta que el Ayuntamiento aprobara provisionalmente el plan. Quedaría siempre a merced del Ayuntamiento. Le bastaría al Ayuntamiento con no

dictar resolución, con no tramitar el procedimiento, para que no pudiera darse nunca el silencio administrativo. La garantía esencial de esta institución se derrumbaría.

Por eso, cuando estamos ante un supuesto de iniciativa particular y el plan afecta a más de un municipio, presentándose directamente en la Comisión Provincial de Urbanismo, a partir del ingreso del expediente en ésta empieza a correr el plazo previsto en el artículo 32, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo.

Esto supuesto, es evidente que el plan, presentado el 5 de agosto de 1970, obtuvo la aprobación, por silencio administrativo positivo, el 5 de febrero de 1971, fecha en que no se había recibido notificación de resolución alguna.

La sentencia comentada, al consagrar que el momento inicial del cómputo del plazo no es otro que el de la presentación de la instancia, consagra la única garantía eficaz frente a la pasividad, inercia y resistencia de los órganos urbanísticos competentes.

2. La notificación de la resolución como único medio de interrumpir la producción de la resolución presunta

Esta sentencia de 16 de febrero de 1974 es digna de destacar en otro importante aspecto: contiene la correcta doctrina que habían sentado otras sentencias anteriores acerca de que la fecha de la resolución es indiferente a efectos del silencio administrativo.

Lo único relevante, lo único que puede impedir que se produzca el silencio administrativo, es la *notificación*, no la resolución. El artículo 32, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo, habla de que transcurra el plazo de seis meses «sin comunicar la resolución».

En el supuesto de hecho a que se refiere la sentencia, la resolución fue dictada el 2 de febrero de 1971, fecha en que todavía no habían transcurrido seis meses del plazo que se exige para que se produzca el silencio administrativo. Y la sentencia, correctamente, no duda en declarar que cuando se notifica esta resolución—que es lo único relevante—ya existía aprobación presunta.

3. Irrelevancia de la disconformidad del plan aprobado con normas y planes de superior jerarquía

Se ha producido una doctrina jurisprudencial sumamente peligrosa, manifiestamente contraria a lo que constituye la finalidad y razón de ser del silencio positivo, que de prevalecer y extenderse daría al traste con una institución cuya implantación tanto ha supuesto en la línea de las garantías.

Me refiero a aquella doctrina jurisprudencial que afirma la inaplicabilidad del silencio positivo cuando conduzca a la producción de un acto inválido. Para evitarlo se concluye que el acto presunto no ha llegado a producirse.

Exponente de esta doctrina es la llamada por algunos funcionarios de ciertos sectores de nuestro urbanismo la sentencia-esponja, por el grafismo de sus términos. Pues esta sentencia, la sentencia de 23 de junio de 1971, dice que «el silencio positivo no es panacea que sane aquello que en sí mismo contiene el germen de su incurable enfermedad, ni esponja que limpie los vicios y defectos ínsitos en la misma esencia del acto».

Parece evidente que esta doctrina jurisprudencial no puede invocarse en el supuesto del silencio positivo previsto en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo.

En primer lugar, puede oponerse a la misma que pugna abiertamente con las normas reguladoras del silencio positivo y los principios que las informan. Porque si aquellas normas no distinguen y establecen la automática producción del acto por el hecho del transcurso de un periodo de tiempo sin notificación de resolución, no es posible distinguir. Si por este procedimiento se llega a la producción de un acto inválido, medios tienen los órganos administrativos y los posibles particulares afectados para lograr la anulación. Pero lo que no es admisible en buenos principios es que la supuesta invalidez constituya un obstáculo para que el acto se produzca.

Aparte de estas consideraciones generales contra aquella doctrina jurisprudencial existen otras específicas, que ponen de manifiesto su inaplicación al procedimiento de elaboración de los planes, como son las siguientes:

1.ª Que las sentencias en que se concreta se han dictado respecto de procedimientos sobre concesión de licencias o autorizaciones. No en procedimientos como el de elaboración de los planes aprobados inicialmente por el Ayuntamiento, en que se trata del ejercicio de funciones de tutela. Si partimos de la autonomía del ente local, debe interpretarse restrictivamente la potestad del Estado.

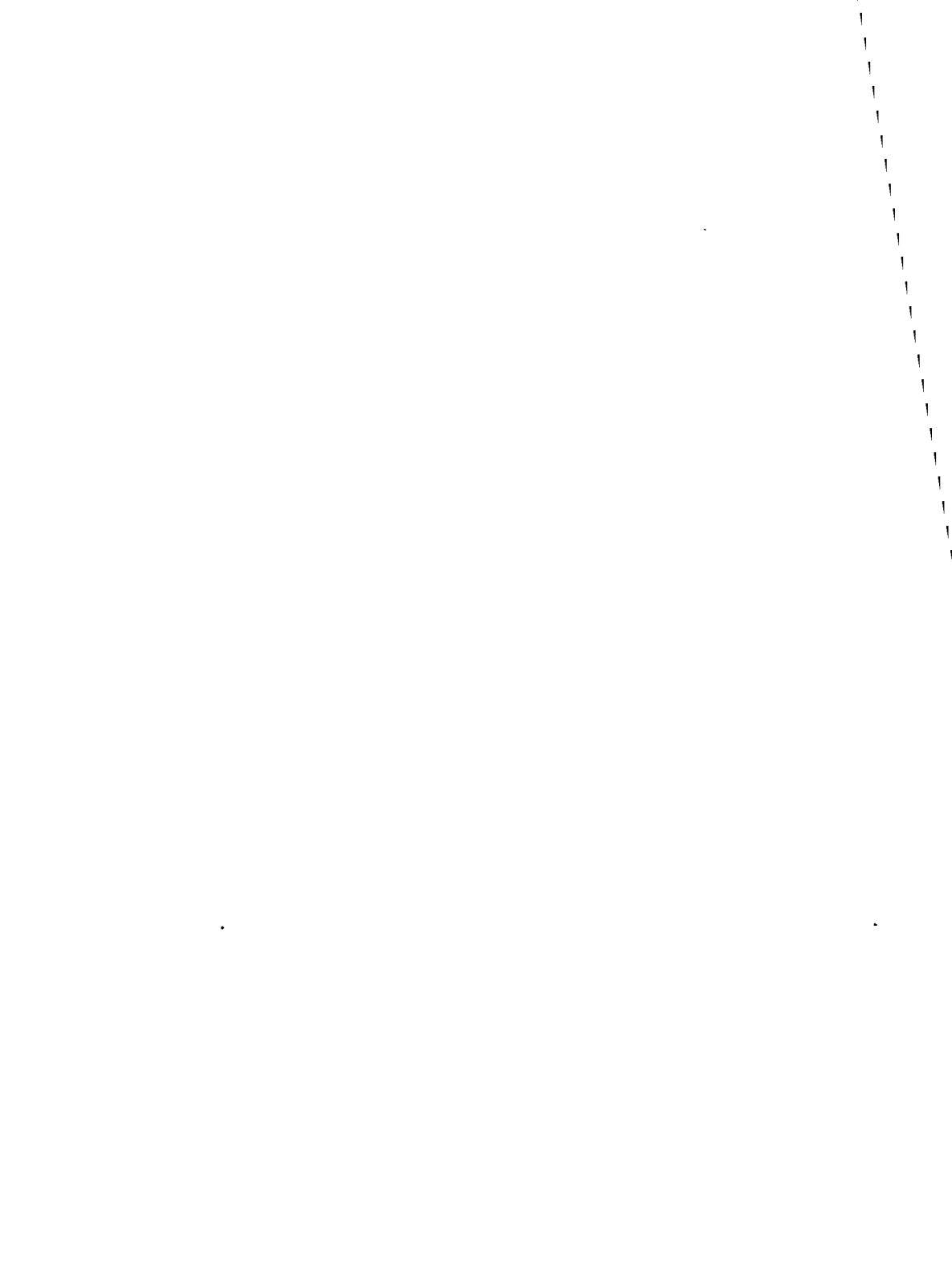
2.ª En los procedimientos de elaboración de planes se trata de llegar a la aprobación de una ordenación; lo que se persigue es la ordenación adecuada de determinado territorio, por lo que normalmente se actúa dentro de un gran margen de discrecionalidad al desarrollar planes superiores. Cosa distinta es cuando de lo que se trata es del otorgamiento de una licencia, que ineludiblemente debe ajustarse a las normas de planes y ordenanzas (1).

La sentencia de 16 de febrero de 1974, también en este aspecto sigue la buena doctrina de prescindir de toda referencia a la posible relación del plan con normas y planes de superior jerarquía.

J. G. P.

(1) Me remito a mi trabajo *Los planes de ordenación urbana de iniciativa particular* Conferencia pronunciada el 16 de marzo de 1973, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973, páginas 241-242.

LIBROS



CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE: *Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972.

Hacer una recensión «seria y digna» al profesor DE CASTRO es empresa un tanto arriesgada, teniendo en cuenta la gran personalidad del autor y los tremendos «testimonios» que ha ofrecido a la ciencia jurídica en sus numerosas actividades en las que ha participado. Pero así como no hay que confundir entre la «dificultad» de la interpretación y esta misma función jurídica, así también aquí se debe desempeñar el criterio de igualdad en las recensiones: los libros fáciles, los difíciles, los de los grandes maestros y los de los que empiezan, deben ser traídos a esta palestra con el único objeto de que estas notas sirvan de orientación del contenido de ellos. Creo que la única diferencia de recensiones entre unos libros y otros reside en el ánimo de quien la hace y en el complejo que sienta ante el nombre del autor. Pero esta postura psicológica debe desaparecer en cuanto, una vez metido en materia, el recensionista avance en su andadura por las páginas de la publicación.

Explica el autor, en la iniciación o prólogo del libro, que la motivación del mismo está basada en una petición que SANCHO MENDIZÁBAL y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS le hicieran para que diera a la luz «oficial» estos estudios, sustituyendo a los «apuntes» en circulación, evitando con ello una divulgación de opiniones no muy precisas y dando forma a los esquemas redactados para las explicaciones de cátedra.

En el prólogo que EUGENIO MONTES estampa para presentar una conocida exposición de pintura de EDUARDO VICENTE, nos dice que «Miguel Angel le aconsejaba al escultor 'quitar' materia. EDUARDO VICENTE aplicaba a la pintura este consejo miguelangesco. Ningún artista de nuestro tiempo empleó menos materia que él, ninguno tan sabio de medios, tan maestro en el arte más difícil de todos: en la sencillez...». Precisamente en esta ofrenda jurídica que el profesor DE CASTRO hace al público estudioso se cumple el juicio crítico que EUGENIO MONTES hace de la pintura de ese gran genio, que supo agrandar los cielos de su Madrid natal y disminuir las figuras de su temática. Lo reconoce su autor: «Conforme a lo proyectado, he podido drásticamente del texto el aparato erudito preparado, citas, discusiones teóricas, Derecho comparado, historia detallada de conceptos y dogmas jurídicos. Pero en el momento de la redacción he sentido la imposibilidad moral de no recoger con algún detalle la evolución de la moderna doctrina jurisprudencial y de no justificar por qué me aparto, cuando creo que he de hacerlo, de la opinión común, o por qué entiendo no puedo evitar el contradecir la de algún autor para mí especialmente autorizado.»

Es preciso puntualizar que la obra del profesor DE CASTRO, en su inicial aportación, ha sufrido dos grandes «accesiones», constituidas por su trabajo monográfico sobre el negocio jurídico, y esta última, que toca los temas que, por así decirlo, culminan el estudio de la parte general del Derecho civil. Ya DE CASTRO agota el frente jurídico conceptual de la parte sustancial del Derecho civil y tiene abierto el camino para abordar la

segunda parte de esa gran disciplina jurídica. Es una «expectativa» que los estudiosos del Derecho esperan con auténtica ansiedad.

La publicación, que se recubre con el discreto nombre de *Temas*, toca en su dimensión las materias referentes a los bienes de la personalidad, el patrimonio, la persona jurídica, la representación, el abuso de los derechos, la prescripción y la caducidad. El panorama no puede ser más alentador. Es preciso seguir este mismo orden y exponer su contenido:

A) *Los bienes de la personalidad*.—En esta primera materia DE CASTRO sienta dos afirmaciones de indudable exactitud y actualidad: la protección y el estudio de los bienes o derechos de la personalidad se considera materia reservada para las leyes penales y políticas y al estudio de penalistas y escritores sobre Derecho constitucional. Actualmente, sin embargo, el reconocimiento y protección de los bienes de la personalidad en el ámbito del Derecho privado no ofrece duda alguna. Mas la ausencia de su regulación legal lleva consigo controversias sobre cuáles son los bienes de la personalidad dignos de amparo jurídico, sobre el modo y alcance de su protección e incluso de los poderes sobre ellos de la misma persona.

Para desarrollar la materia, el autor hace cuatro apartados esenciales distinguiendo: los bienes esenciales de la persona, los bienes sociales e individuales, los corporales y psíquicos secundarios y el nombre.

- Dentro de lo que el autor denomina bienes esenciales de la persona, señala los que atañen a la existencia física o jurídica (condición de persona) del ser humano. La consideración de bienes supone admitir la necesidad de su amparo en los incapaces (art. 213) y el de su daño o perjuicio dé lugar a una adecuada indemnización (art. 1.902). El ser humano sólo tiene respecto de los mismos una exigencia de protección y, en su caso, de indemnización. Especialmente se estudian la vida (la privación de la cual por acto culpable o negligente origina responsabilidad civil del culpable, teniéndose en cuenta el daño moral que supone), la integridad corporal (la doctrina sobre indemnización en caso de muerte ha sido fundamentalmente recogida para los supuestos de mutilación y lesión corporal), libertad (bien indisolublemente unido al concepto de persona, que se manifiesta en la capacidad jurídica y en la de obrar).
- Encuadra en el marco de los bienes sociales e individuales a los que denomina de la personalidad, y dentro de ellos estudia el honor y la fama (típicamente sociales, que van unidos a la estimación en y por la sociedad), la intimidad personal (derecho a la esfera privada, a la intimidad privada ileña, a la reserva, a la esfera secreta de la persona, *right of privacy*), reproducción de la imagen (en cuanto supone ciertas limitaciones de producción y otras de valoración económica) y la condición de autor, que tiene como manifestaciones: el derecho al inédito, el derecho de paternidad, el derecho a la pureza de la obra y el derecho a corregir la obra en su conexión con el derecho de retractación y el derecho de propiedad residual del artista.
- Entre lo que el autor llama derechos corporales y psíquicos secundarios, entendiéndolo por tales los que están en relación directa con los principales, enumera el autor la salud física, la psíquica, los sentimientos, la estima social.
- Respecto del nombre, que el autor define como el conjunto de palabras con las que jurídica, oficialmente, se individualiza, se identifica y designa a cada persona, estudia su significado jurídico (como bien patrimonial), la legislación que lo regula, el nombre propio y los apellidos, así como los cambios y la protección jurídica a través de las acciones declarativas y de impugnación.

B) *El patrimonio*.—Partiendo de una observación de SAVIGNY, considera que el patrimonio, en su significado técnico o útil para la ciencia jurídica moderna, supone la existencia: a) De masas de bienes de una doble faz, una activa (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía para los acreedores). b) De masas de bienes de distinta naturaleza, según la condición de su titular, unidas a éste, separadas o independizadas por su destino a un fin determinado. El patrimonio aparece entonces como una masa de bienes de valor económico (haber y debe), afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuírsele a quien sea su titular. Masa de bienes a la que las normas jurídicas atribuyen caracteres y funciones especiales, que serán, en fin de cuentas, las que vienen a determinar la definición del patrimonio.

Previamente a este esquema conceptual se examina la naturaleza del patrimonio y sus teorías, para luego precisar sus caracteres (valoración de los bienes que suponen su contenido; determinación de dos esferas, externa e interna; unidad y regulación imperativa de las leyes), las funciones que ofrece, el contenido del patrimonio y los tipos del mismo.

C) *La persona jurídica*.—El profesor DE CASTRO ya había abierto ante los ojos de los juristas una serie de problemas en torno a la persona jurídica, que sucesivamente provocaron comentarios e inquietudes doctrinales cuando ya todo parecía dicho en este tema. Primero fue su trabajo sobre fundaciones familiares en el *Anuario de Derecho Civil*, luego su magistral artículo en la misma revista sobre la deformación de la persona jurídica y, por último, en las publicaciones aparecidas con motivo del centenario de la Ley Notarial, su también sensacional artículo sobre la formación y deformación de la persona jurídica. Con ese bagaje de aportaciones llega ahora a la exposición de la materia en la que va distinguiendo las teorías sobre la existencia y la esencia de la persona jurídica, para luego distinguir en el concepto las que él denomina *perfectas* y las *imperfectas*, clasificación que sirve al autor para precisar los caracteres del ente jurídico y abordar los problemas del valor intrínseco de la persona jurídica y el procedimiento de levantar el velo de la personalidad jurídica, que dan como resultado un estado de crisis, aunque, como diga el autor, lo que ha hecho crisis, mostrando su inexactitud y su peligrosidad, ha sido una concepción de la persona jurídica, la de su intangible hermetismo y la de su suficiencia formal. La figura de la persona jurídica, como tantas otras del Derecho, tiene carácter instrumental; formas y nombres están al servicio de una finalidad, aquí es la de potenciar una realidad social (corporativa) que merezca serlo.

Entre las clases de personas jurídicas, estudia con especialidad las que responden al tipo asociación y sus elementos (pluralidad de personas, bienes, finalidad lícita, estatuto y publicidad), así como diversos problemas en orden a la responsabilidad *ultra vires* y la que nace de la culpa o negligencia, rematando con la problemática de los órganos, el domicilio, la nacionalidad y la extinción. En las de tipo fundación, que define como la personificación de la organización instituida y reglada por el fundador para realizar el fin benéfico al que destina una masa de bienes, trata con detenimiento la cuestión de las fundaciones de interés particular, el protectorado y la inspección, así como los momentos del nacimiento (con toda su discutida precisión) y la extinción.

D) *La representación*.—Para centrar la esencia de la representación —previa exposición de la naturaleza y la teoría de SAVIGNY—acude a la idea de colaboración, que puede servir para superar la dificultad señalada por SAVIGNY, a efectos de distinguir el representante del mensajero, recibiendo el primero un poder y limitándose el segundo a repetir lo que se le ha encargado que diga. Igualmente, al hablar de la teoría general de la

representación acude a la figura de la legitimación para explicar el fenómeno jurídico: la representación significa legitimar un hacer del representante respecto de la esfera jurídica del representado, como si fuera este mismo quien hubiese actuado.

Con las cuestiones genéricas sobre clases, ámbito y deberes del representante estudia con detenimiento el problema del autocontrato, considerando que su realización en casos no permitidos provoca un acto ineficaz y no nulo, que permite su subsanación *a posteriori* mediante la ratificación. En la representación, en general, también aborda el tema de la representación en interés del representante y no del representado, como actualización de la figura del *procurator in rem suam* y la problemática de la irrevocabilidad del mandato.

Dentro de la representación voluntaria se nos antojan como cuestiones a destacar la estructuración que hace de la materia, distinguiendo entre la representación directa y la indirecta. En la primera (supuesto en el que el representante actúa y decide en nombre del representado) se estudia especialmente la cuestión de la independencia y abstracción del poder, así como la modalidad de la representación por persona a designar o, mejor dicho, el negocio que concluye el representante con otra persona y en nombre de persona que después designará.

De la representación legal se ocupa únicamente para precisar las teorías que tratan de explicarla (pudiendo decirse que hay representación cuando se pueden o deben aplicar las reglas generales sobre la actuación de quien obra en interés y por cuenta de otro), las clases (para la protección y para la administración) y las notas especiales que le son peculiares.

E) *Ejercicio de los derechos*.—El principal motivo de esta exposición está en los límites que el ejercicio de los derechos tiene impuesto, y que se desdobra en los legalmente impuestos y los que surgen de la naturaleza intrínseca del derecho, y más concretamente, de la llamada teoría del abuso del derecho, en la que precisa su concepto a través de la construcción jurisprudencial y las notas que lo tipifican, para concluir con los efectos, diciendo que la figura del abuso del derecho ha venido utilizándose como corrector del estrechamiento que en la doctrina (de los autores y Tribunales) sufre la interpretación de las disposiciones sobre culpa o negligencia extracontractual (art. 1.902) y contractual (art. 1.101).

F) *La prescripción*.—Aunque en un principio engloba bajo la idea general de prescripción a la extintiva y a la adquisitiva o usucapión, luego se adscribe a la tesis del Tribunal Supremo, que considera ambas prescripciones «independientes una de otra», teniendo cada una «reglas de exclusiva aplicación» (sentencias de 4 de diciembre de 1969 y 16 de noviembre de 1968). Niega, por supuesto, que la teoría dualista se debiera a SAVIGNY, siendo conocida la distinción por POTHIER, el Código francés, el Proyecto de 1851 y nuestro Código civil.

Después de destacar el carácter de orden público, la imposibilidad de poderla apreciar de oficio y su carácter general, examina los derechos prescriptibles, el comienzo, los plazos, la interrupción y los efectos, con sus problemas del objeto prescrito y la renuncia a la prescripción ganada. Termina el punto estudiando las referencias forales y sus diferencias con el Código civil.

G) *Caducidad*.—Si en principio acepta la propuesta de definición que el Tribunal Supremo da para perfilar este instituto (es aquel por el que el transcurso de cierto período de tiempo que la ley o los particulares fijan para el ejercicio de un derecho, éste se extingue), luego niega que pueda encerrarse en una sola definición la llamada caducidad legal o ver-

dadera caducidad y la voluntaria. Sólo reputa caducidad la que viene determinada en la ley, siendo la otra figura una manifestación de la autonomía de la voluntad que establece un plazo perentorio.

El fundamento de la caducidad reside, según dice DE CASTRO, en la especial naturaleza de los derechos afectados por ella. Mientras la prescripción es muy amplia, la caducidad sólo se refiere a derechos o facultades dirigidos a cambiar un estado, situación o relación jurídica. Como casos que jurisprudencialmente se han considerado como de caducidad enumera el artículo 689 del Código civil, el retracto legal de colindantes, las acciones derivadas de la Ley de Arrendamientos Urbanos, rescisión de partición, impugnación de filiación ilegítima, impugnación de acuerdos de la sociedad anónima, acciones de evicción y saneamiento y el plazo del artículo 1.490, así calificado por la doctrina defendida por CASTÁN y BONET. Descarta los supuestos del artículo 411, que supone una caducidad administrativa en materia de aguas; la dicción del artículo 871, y los artículos 1.483, 1.490, 1.690 y 287 del Código civil.

Para DE CASTRO, como derechos susceptibles de caducidad hay que señalar los siguientes: a) Las facultades, acciones y derechos que afecten al estado civil de la persona. b) Las facultades o acciones individualizadas que sin tener el carácter de derecho subjetivo atribuyen un poder para modificar una relación negocial. c) Las facultades que han adquirido la condición de derechos secundarios. Junto a ellos cabe añadir el de los casos de limitación de tiempo para ciertos actos testamentarios y para la recuperación de ciertos objetos (arts. 369, 612, 1.615, 689, 703, 720, 730, 731 y 762 del Código civil).

Termina el estudio de la materia considerando como efectos fundamentales el considerar que el derecho afectado por caducidad puede decirse que no ha nacido, la caducidad puede ser apreciada de oficio y el plazo no está afectado de interrupción, aunque el ejercicio de la acción impide la caducidad, lo mismo que el acto de conciliación y las posibles actividades administrativas previas al ejercicio de la acción.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DÍEZ PICAZO, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Editorial Tecnos. Volumen I. 2.ª edición. Madrid, 1973.

En el año 1966, cuando empezaba a hacer mis primeros ensayos en materia de recensiones en la *Revista de Derecho Notarial*, publiqué una referencia a la primera edición de esta obra, y mi trabajo fue no sólo elogioso para el autor, sino que en él expuse con plena objetividad el gran valor que suponía como aportación al estudioso. Es curioso que en el prólogo de demasiado, por cuanto que, en general, estaba dictada por móviles de amistad, en unos casos, y de generosa benevolencia, en otros». La primera esta segunda edición el autor diga «que en la crítica no se debe confiar vez que cené con LUIS DÍEZ PICAZO fue dos años más tarde de hacerle la crítica de la obra, pues yo no le conocía personalmente entonces y circunstancialmente se presentó la ocasión de la cena, en la que uno de los temas fue esa recensión hecha a persona sólo conocida de nombre.

El hacer andar una obra de Derecho por segunda vez en un mercado tan limitado como el español, supone unos valores que la crítica, con su benevolencia, no le pudo prestar. Es bien cierto que mis compañeros de

recensión, AMORÓS, en la *Revista Crítica*, y DE LOS MOZOS, en la de *Derecho Privado*, se anticiparon a lo que la realidad ha venido a demostrar.

Por supuesto que este primer volumen ha sufrido ciertos retoques, que el autor explica en su prólogo. Se han recogido una serie de sentencias comentadas que han visto la luz en esos cinco años que separan las dos ediciones, así como se han añadido ciertas notas y comentarios producto de esa constante evolución del pensamiento del escritor a medida que va pasando el tiempo. Sistemáticamente se ha alterado algo la anterior, y fundamentalmente, en lo referente al Derecho de daños, en razón—como dice el autor—a la importancia teórica y práctica que cada día, insistentemente, va adquiriendo.

Aparte del servicio práctico que la obra me proporciona en mi constante peregrinar por el campo del Derecho, debo destacar cómo la parte más releída por mí sigue siendo el prólogo, del cual ya he tomado más de una vez, a efectos de hacer una cita, aquellas frases sobre la forma de exponer en lo sucesivo la jurisprudencia, y que puede ser su manera de presentárnosla en este volumen: «Una investigación verdaderamente sería de la jurisprudencia no debe proponerse solamente el análisis minucioso de la corrección y de la exactitud de los argumentos de lógica jurídica, sino que debe proceder a un examen detenido y riguroso de los factores condicionantes de la decisión. Cabe así preconizar desde ahora lo que acaso podríamos llamar una interpretación sociológica de la jurisprudencia.»

Creo que mi mejor homenaje a esta obra es reproducir lo que en el año de la publicación de la primera edición dije, para así conservar esa objetividad que entonces tuve y que ahora, después de iniciada la amistad con el autor, sería más difícil de mantener, pues sin querer, la amistad obliga al recensionista a buscar el posible fallo que compense la balanza del elogio.

* * *

Todos recordamos aquellas famosas frases del maestro CASTÁN al explicarnos el ámbito de la interpretación, que decían: «La doctrina moderna rechaza la máxima *in claris non fit interpretatio*, todavía recogida algunas veces en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, y entiende que la interpretación se aplica a todas las leyes, sean claras u oscuras, porque no hay que confundir la interpretación con la *dificultad* de la interpretación.» Pues bien, este principio moderno rige también en materia de recensiones, y al recensionista no se le ha podido perdonar la de este libro sensacional, que encierra una doble dificultad. La primera es la de la categoría jurídica de su autor y variedad y profusión de su obra, cosas ambas que hacen el sentirse acomplejado por las pocas líneas que puede dedicar modestamente a tan importante obra. Del profesor DÍEZ PICAZO se ha dicho hace poco, por un ilustre conferenciante, que es y representa una de nuestras primeras cabezas jurídicas. La segunda dificultad reside en el propio contenido de la obra, que no se presta más que a un resumen esquemático de lo que es su objeto, sin poder inducir de las apostillas y comentarios del autor las líneas de su pensar jurídico.

Claro está que esta segunda dificultad la salva el autor brindándonos, en esa especie de «exposición de motivos» que precede a la obra, una serie de ideas, que con cierta habilidad pueden ser utilizadas por el recensionista para presentar al lector el cañamazo de las razones y contenido de la obra. Sujetándonos por afanes sistemáticos a cuatro apartados, estaremos en disposición de ofrecer al lector un conocimiento genérico de este primer volumen de los estudios sobre jurisprudencia. Distinguiamos:

A) *Finalidad próxima*.—El autor la plasma en las primeras páginas de lo que hemos dado en llamar «exposición de motivos», diciéndonos que «en este libro existe una preocupación constante, y creo que es plausible, por profundizar honestamente en el estudio de nuestra jurisprudencia civil; por intentar desentrañarla, comprenderla y descubrir su más íntimo y radical sentido, y por tratar de convertirla en un instrumento serio y útil, tanto para la práctica cotidiana del Derecho civil como para los estudios de iniciación de la referida disciplina». Mi condición de antiguo preparador de opositores me hace sentirme tremendamente satisfecho con esa finalidad práctica y próxima, que el autor confiesa ser una de sus preocupaciones, ciertamente plausibles. No voy ahora a explicar en qué consiste y cómo se verifica la preparación a las principales oposiciones que en este país se celebran, pero sí quiero destacar cómo en la mayoría de los casos el tremendo esfuerzo memorístico que la cantidad de temas, disposiciones, opiniones doctrinales, sentencias, resoluciones, etc., exigen inutilizan parcialmente al individuo para lo que llamo «etapa de la montaña», es decir, el ejercicio escrito, consistente en dictaminar sobre un caso real de Derecho.

Mi pequeña experiencia me enseña que la presión a que el cerebro ha estado sometido oscurece ideas y limita la fuerza del individuo para ir levantando los velos de su inteligencia, a efectos de descubrir ciertas situaciones que él machaconamente ha estudiado. Pues bien, esta obra del profesor DÍEZ PICAZO cumple un servicio inigualable para la preparación práctica del Derecho. Es necesario hacer comprender al estudioso teórico que los cónyuges podrían morir simultáneamente y que el ascendiente puede heredar a su descendiente..., etc. La colección de «casos de Derecho civil»—como acertadamente el autor los denomina—que el volumen contiene es lo suficientemente amplia para que el teórico descienda a la realidad jurídica. La mente pedagógica del autor se adelanta a estas conclusiones, y por ello nos habla «de completar de alguna manera las lagunas que la enseñanza del Derecho civil presenta en nuestras Universidades, donde acaso se encuentre excesivamente teorizado y por ello despegado de la realidad»..., y remata el propósito con esta idea final: «Ir creando el hábito de provocar aquellas suscitaciones o reacciones vitales del jurista frente a cada problema, pienso que es una de las tareas más importantes de la enseñanza del Derecho.»

B) *Finalidad remota*.—La raíz profunda, la más anhelada intención del autor, reside en su pretensión remota: ser una investigación sobre el Derecho y sobre la jurisprudencia civil, procurando establecer la relación que existe entre el Derecho cristalizado en los textos legales y el Derecho que incesantemente se realiza en las decisiones de los casos.

El autor vuelve a aprovechar la ocasión que le brinda este libro para reproducir una serie de ideas, que ya formuló en *La doctrina sobre los actos propios* y *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, enseñándonos, en forma magistral, lo que debe entenderse por jurisprudencia y cómo se forma y cuál es la función que la misma desempeña. Partiendo de la idea de que por jurisprudencia hemos de entender «las afirmaciones y las decisiones contenidas en las sentencias del más alto órgano jurisdiccional del país, que entre nosotros es, según sabemos, el Tribunal Supremo de Justicia», nos explica el fenómeno singular de la aplicación de la ley al caso concreto en una serie de fases, que se inician con una primera, en la que se fijan los hechos pasados (realidad pretérita, la llama su autor) o la «historificación del litigio»; posteriormente se pasa a la importante segunda fase, en la cual el propio Juez crea su historia sobre la narración que las partes le han hecho, y se desemboca en la tarea impresionante de encajar el caso contemplado en la norma aplica-

ble, aunque algunas veces se produce un fenómeno alucinante, y es que no se ajusta al caso a la norma, sino al revés, la norma al caso.

El fenómeno jurisprudencial opera de distinta manera cuando situado el Tribunal frente a un precepto ya seleccionado—como dice su autor—, se trata de optar por una de las múltiples posibles variantes que la interpretación ofrece, o cuando el problema que se plantea es la falta de una norma legal que pueda ser aplicada al caso litigioso que se está decidiendo y el Tribunal tiene que acudir a ese tremendo y extenso campo de los principios generales del Derecho. Destaca el autor el cambio que la jurisprudencia ha tenido ante el precepto concreto, y la evolución y orientación que la misma ha tenido en dos campos concretos: el resarcimiento de daños y las cláusulas impuestas o dictadas de los contratos de adhesión. Cuando la jurisprudencia opera frente a la ausencia de preceptos es donde se muestra con más vigor su fuerza interpretativa y pudiera calificársela, como dice el autor, de descubridora de los principios generales del Derecho. Ejemplos de este *frente* jurisprudencial son los avances que la misma presenta en el campo de la contratación y sus cláusulas estabilizadoras. Todo ello viene presidido por una serie de factores de signo económico, político y cultural, que el autor encuadra dentro de lo que él denomina «factores condicionantes de la decisión». Con ello llega a afirmar la necesidad de una interpretación «sociológica» de la jurisprudencia.

C) *Examen de su contenido.*—El extenso contenido que la obra ofrece viene explicado magistralmente en la «exposición de motivos». Su autor nos dice que la selección de sentencias ha sido arbitraria, pero que se ha conservado en su exposición la división en ramas o cursos que es tradicional en las Facultades de Derecho y, nosotros añadimos, en los programas de oposiciones. La exposición de las sentencias se hace con su fecha, el nombre de los litigantes y un epígrafe que delimita la materia. Se sigue con una síntesis del conflicto y de la forma como fue planteado al Tribunal Supremo. Luego se reproducen los considerandos o su resumen y se termina con una nota crítica o estudio doctrinal de la sentencia.

Forzosamente es preciso acudir al índice sistemático de la obra para ofrecer un resumen de su contenido esquemático. El primer volumen presenta tres partes fundamentales, y dentro de ellas se cualifican las materias que se exponen. Descendiendo a detalles podemos concretar estas tres partes y su contenido:

— *Primera parte.*—Trata de la introducción al Derecho civil y del derecho de la persona. Se divide en nueve capítulos, que tratan, respectivamente, de la teoría de las normas jurídicas (entrada en vigor, ignorancia, irretroactividad, derecho transitorio, fuentes, etc.), estado civil, condición y capacidad de las personas (concebido, premoriencia, menores de edad, emancipados, hija de familia, mujer casada, enfermedades, sordomudez, prodigalidad, extranjeros, ausentes, domicilio, etc.), personas jurídicas (uniones sin personalidad, capacidad, fundaciones y capacidad), los derechos de la personalidad (el honor, la buena fama, el honor comercial, daño moral, derecho de enterramiento), las cosas y el patrimonio (cosas sagradas, bienes y distinción, frutos civiles e industriales), teoría del negocio jurídico (vicios, causa ilícita, causa torpe, declaración de voluntad, negocios anómalos, negocios fiduciarios, simulados, coligados, nulidad de los negocios, rescisión de los negocios, etc.), ejercicio de los derechos subjetivos (abuso, ejercicio de los derechos, ejercicio contradictorio), representación de los actos jurídicos (distinción entre mandato y poder, irrevocabilidad, extinción del poder, revocación, fiducia y representación indirecta, distinción entre representación directa e indirecta, responsabilidad, autocontratación), prescripción de los dere-

chos y acciones (prescripción convencional, de los intereses moratorios en Cataluña, de honorarios, de créditos, prescripción y caducidad).

- *Segunda parte.*—Trata del derecho de las obligaciones. Se divide en diecinueve capítulos, que en forma sucesiva estudian las siguientes materias: las atribuciones patrimoniales y sus causas (la acción de enriquecimiento injusto, sin causa y la *in rem verso*), teoría general de los contratos: precontrato y promesas de contrato (precontrato, promesa de contrato, promesa de venta, contrato preliminar), la formación del contrato (oferta y aceptación, aceptación presunta y expresa y convenio de modificación), contratos abstractos (reconocimiento abstracto de deuda), los llamados contratos de fijación jurídica (fijación y simulación, fijación y novación), los contratos de adhesión y las condiciones generales de la contratación (contratos de adhesión, cláusulas de exoneración, pólizas de seguros, naturaleza y efectos), interpretación e integración de los contratos (el uso de los negocios), efectos de los contratos para los terceros (cláusula de exclusión, contratos en favor de terceros y su eficacia), modificación sobrevinida de las circunstancias del contrato y la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* (cláusula *rebus*, alteración sobrevinida, promesa de venta, arrendamiento con opción de compra, revisión de un convenio sobre usufructo), la resolución de los contratos (incumplimiento de las obligaciones, obligaciones recíprocas, promesa unilateral de venta, obligaciones bilaterales, prestación defectuosa e inadecuada), los sujetos de la relación obligatoria: solidaridad y mancomunidad de las obligaciones (obligaciones solidarias), la prestación y sus modalidades (obligaciones genéricas, determinación de la prestación y cumplimiento de las obligaciones), las cláusulas de estabilización (valor oro y plata, pago en moneda oro o plata, cláusulas de escala móvil, etc.), el cumplimiento de las obligaciones (pago con fondos ajenos, pago de cantidad, pago mediante ingreso en cuenta corriente, pago de lo indebido, los deberes accesorios, imposibilidad de la prestación, mora en el cumplimiento, deudas de moneda extranjera, etc.), las facultades de defensa del derecho de crédito (fraude de acreedores, acción revocatoria o pauliana, rescisión por fraude, acción subrogatoria, preferencia y prelación de créditos), las garantías de la obligación (fianza, fianza impropia, cláusula penal, capacidad para afianzar, arras en la compraventa), las fuentes de las obligaciones (declaraciones unilaterales de voluntad, promesa, causa ilícita y causa falsa, obligaciones naturales, transacción y aceptación de la herencia), los daños contractuales (su determinación por incumplimiento de contrato, lucro cesante), extinción de las obligaciones (condonación, novación, asunción de deuda, arrendamiento de obra y contrato de arrendamiento de maquinaria industrial).
- *Tercera parte.*—Está destinada a las particulares relaciones obligatorias y se subdivide en nueve capítulos, destinados al estudio de las siguientes materias: compraventa (de cosa ajena, prohibición de compra del mandatario, nulidad, pacto de reserva de dominio, riesgos, entrega y tradición, perfección y prueba, pago de intereses, contrato de suministro de energía eléctrica), donación (transmisión de créditos, promesa de donación y donación *mortis causa*, donación de inmuebles), arrendamiento (urbano, arbitraje de equidad, renta, traspaso inconstituido, constitución de sociedad y cuentas en participación, embargo del derecho de arrendamiento, transmisión *mortis causa*), contratos de servicio y gestión (servicios de profesiones liberales, prescripción de acciones, gestión de asuntos, mandato, retribución del mandatario, cláusula de rendir cuentas, contratos de

corretaje o mediación, pago del mediador), contrato de obra (responsabilidad del contratista), contrato de sociedad (requisitos, pacto de continuación), contratos aleatorios (estipulación en favor de terceros, contratos de juego y apuesta, rifa autorizada), contratos de transacción y compromiso (sobre legítimas, judicial, efectos, distinción de otros contratos, consecuencias patrimoniales del estado civil, capacidad de las entidades benéficas, arbitraje libre), el derecho de daños (indemnización por causa de muerte, responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, indemnización por causa de muerte, prescripción de la acción, acción civil derivada del delito, valoración de la culpa del demandado, relación de causalidad, culpa por omisión, culpa extracontractual, accidente de automóvil, accidente de trabajo, responsabilidad por el hecho de otro, de los padres y guardadores, daños de menores, concurrencia de acciones y responsabilidades, daños causados al cónyuge de buena fe por la nulidad del matrimonio).

En total se exponen doscientas veintinueve sentencias, que comprenden las tres primeras partes del Derecho civil, según la clasificación que hiciera SAVIGNY, esto es, parte general, derechos reales y obligaciones y contratos. En el segundo volumen de la obra se completará la materia—según suponemos—con las dos partes restantes: derecho de familia y sucesiones. Las fechas en que se mueven las sentencias comentadas son las de los años 1892 y 1965, ambos inclusive. La del año 1892 se refiere a la materia de la indemnización de daños y perjuicios y su determinación. Se trataba de un arrendamiento de un piso destinado a estudio fotográfico, que se hizo concluir por el comprador de la casa antes de haber expirado el término contractual del arriendo. La del año 1965 (6 de marzo) versa sobre el concepto de frutos industriales y civiles y la diferencia de cotización de valores bursátiles y una plantación de chopos. El que actuaba de demandado era administrador de los bienes de un marqués, y además de un sueldo fijo, se le reconocía un 2 por 100 de las utilidades líquidas que la hacienda administrada produjese.

D) *Valoración crítica.*—Creemos que las dos finalidades perseguidas por el autor han sido logradas, esto es, la finalidad práctica y la investigadora. La primera, con esa breve y clara exposición de los hechos que motivaron la decisión y con las razones que el Tribunal tuvo para adoptar la solución. La segunda, a través de esas sustanciosas notas críticas que el autor añade a cada sentencia. De ahí que el pronunciamiento crítico debe ser favorable.

Pero hay algo más, algo más que el autor se anticipa a destacar en su prólogo. Este algo más está constituido por haber sabido superar esa práctica viciosa y arbitraria del jurista, que utiliza de la sentencia la afirmación o máxima que hábilmente abstraída y generalizada se independiza para formar lo que da en llamarse «jurisprudencia». El autor denuncia esta práctica, utilizada por juristas, tratadistas e incluso Tribunales. No hay que olvidar que la sentencia es un todo unitario y que es preciso «vivir» enteramente el caso que se contempla para comprender y explicarse la razón jurídica de la decisión. El autor pone algunos ejemplos tremendamente aleccionadores de este indebido proceder.

El autor, después de explicarnos las dos facetas que toda sentencia del Tribunal Supremo tiene, esto es, la obra literaria y el acto jurídico, propone, ante el actual estado de cosas, la inevitable labor de la *depuración de la jurisprudencia*, a través de lo que llama «edicto jurisprudencial» y la

depuración doctrinal, acudiendo a un análisis, estudio, anotación y comentario de la jurisprudencia. Precisamente, el volumen cuya recensión concluimos abre anchas posibilidades al estudioso en esta idea depuradora de carácter doctrinal.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FANJUL SEDEÑO, J. M.: *Ciento cincuenta y ocho sentencias del Tribunal Supremo*. Editorial Tecnos. Madrid, 1973.

Hay una presunción que la realidad hace efectiva en el periodismo español, y es que todo el mundo lee algún periódico, aparte del *ABC*. Por eso, nada es de extrañar que ahora recuerde nostálgicamente aquellas lecturas que hice entre los años 1953 y 1959 de esa sección jurídica que con tanto acierto sostuvo MANUEL FANJUL, bajo el título genérico de «La sentencia de la semana», en el periódico citado. Preparaba por entonces en mi cuarto de trabajo oposiciones, y recuerdo que los dos periódicos a mi alcance—únicos contactos vitales con el mundo—eran el que leía con mis zapatos puestos por la mañana (*ABC*), y el que, ya en zapatillas, leía demeritivamente por la noche (*Pueblo*). Mi asepsia política sólo me llevaba en aquellos momentos a todo lo que pudiera servirme para mis fines profesionales. Por eso conservo, amarillentos los bordes y subrayados los centros, aquellas páginas que MANUEL FANJUL fue escribiendo con singular estilo y claridad meridiana sobre cuestiones de Derecho.

No creo que el caso sea insólito, pues el afán coleccionista del español está tan a flor de piel, que estoy por asegurar que muchos guardan ese grupo de sentencias comentadas, como en la actualidad se van acumulando esas series de publicaciones periódicas que luego hay que encuadernar, pero que han constituido uno de los mayores éxitos editoriales de los últimos tiempos. El hombre—y, por supuesto, el español—es coleccionista de noticias, de recuerdos, de sellos, de libros, de antigüedades, de cuadros, de porcelanas, de mujeres, de anécdotas..., hasta de esquelas. Al lado de estas personas existen también otras que tenían la esperanza de que esos comentarios se publicasen reunidos algún día y no se preocuparon por ello de coleccionarlos. Pero también hay que confesar que los que las reunimos teníamos también la sensación de que algún día vieran la luz agrupadas en un volumen.

El jueves 28 de mayo de 1953, en la página 35 del *ABC*, se publicaba la primera «Sentencia de la semana». En la parte izquierda figuraba una viñeta que representaba a Astrea, diosa de la Justicia, con su espada inexorable y su simbólica balanza. Y se decía: «...iniciamos hoy una sección cuyo propósito no es otro que el de hacer *jurisprudentes*—como decían los romanos—a aquellos lectores que por inclinación natural, y no teniendo a mano medios propios, deseen familiarizarse con la ley.» Se terminaba la presentación con este reto ciudadano: «Difícilmente llegan a ser buenos ciudadanos los que viven en perpetua ignorancia de las leyes que rigen a su ciudad y a su pueblo.» El empeño era dificultoso, pero lo supo salvar felizmente MANUEL FANJUL descendiendo hasta el hombre de la calle, sin olvidar, sin embargo, su categoría de jurista. Lo dice ahora el autor en esas palabras de presentación que preceden al prólogo y a la exposición: «Mucho tiempo me llevaba aquella tarea, pues bien se dice que un artículo corto exige más quehacer que uno largo. Pero, además, para un profesional del Derecho, abandonar la pura ciencia, la terminología

y lo *sabido* en beneficio del profano se hace mucho más difícil que preparar un escrito estrictamente técnico y dirigido a técnicos.»

Un buen día, aquel en que MANUEL FANJUL fue elegido secretario de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados, dejó de aparecer «La sentencia de la semana», aunque más tarde volvió a aparecer el deseo de divulgación jurídica a través de una sección que llevaba ese nombre y el de «El foro y el Derecho», que firmó durante tiempo JAIME MIRALLES ÁLVAREZ.

De las diferentes formas que se pueden utilizar para exponer jurisprudencia, esta de MANUEL FANJUL puede ser encuadrada entre lo que podríamos llamar generalización de la misma y lo que apuntaba no hace mucho Díez PICAZO en su prólogo a los *Estudios de jurisprudencia civil*: «Una investigación verdaderamente seria de la jurisprudencia no debe proponerse solamente el análisis minucioso de la corrección y de la exactitud de los argumentos de lógica jurídica, sino que debe proceder a un examen detenido y riguroso de los factores condicionantes de la decisión. Cabe así preconizar desde ahora lo que acaso podríamos llamar una interpretación sociológica de la jurisprudencia.»

Del magnífico prólogo que, firmado por ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, acompaña a la publicación se destaca esta frase, que encuadra perfectamente la labor realizada por el autor: «Se trazó desde el primer momento un esquema a manera de molde ordenador, y sin perjuicio de la múltiple variedad de los casos, siempre se atiene al esquema para la organización de los datos y las ideas. El imprescindible carácter divulgador de la publicación lo erigió en redoblada exigencia de claridad y tersura, sin incurrir en la trivial e imprevista vulgaridad.»

El contenido de la publicación comprende no todas las sentencias que entonces se comentaron, sino que de aquel conjunto se han ido retirando algunas que entonces tuvieron decisiva importancia por el tema vivido en aquellos tiempos, como era el de los arrendamientos urbanos y rústicos, ciertos problemas fiscales, etc. Han desaparecido—dice el autor—las coyunturales, las que eran noticia y hoy han dejado de serlo. La exposición se hace en forma cronológica, sin encuadramiento previo ajustándose a una sistemática, pero ello viene compensado por el índice que sigue a la publicación y que permite la localización del concepto y de la materia que se quiera leer o consultar o, en mi caso, releer. Se completa la publicación con un índice general, que permite identificar las sentencias por el título que el autor le atribuía en su semanal quehacer.

HERNÁNDEZ GIL hace una disección del conjunto de sentencias y va sistematizando en el prólogo las referentes a cada materia. Ello nos libera de ese esfuerzo para presentar el contenido. Siguiendo al prologuista podemos ahora ofrecerlas al lector:

- a) El grupo más nutrido—dice HERNÁNDEZ GIL—está constituido por las correspondientes al Derecho civil, todas de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En ellas, la variedad de temas tiene la misma amplitud y riqueza que el propio Derecho civil: reivindicación, servidumbres, precario, arras, abuso del Derecho, etc.
- b) Al Derecho mercantil se le destinan seis sentencias, predominando los temas de la letra de cambio y el contrato de seguro.
- c) Al Derecho administrativo, Derecho que se va aupando y ya domina las tapias del huerto privado, le corresponden veinticuatro sentencias, en las que destacan los temas de Derecho fiscal, expropiaciones forzosas, etc.
- d) El Derecho laboral está presente con ocho sentencias, casi todas ellas referidas al contrato de trabajo.
- e) La representación del Derecho penal se hace patente con un grupo de veintisiete sentencias, que recogen problemas de responsabilidad

de miembros de Consejos de Administración, socios, funcionarios, conductores de vehículos, etc.

- f) Nueve sentencias, por último, pertenecen al Derecho procesal, entre las que—dice HERNÁNDEZ GIL—dos de ellas se contraen al importante tema de las condenas de futuro.

El prólogo de HERNÁNDEZ GIL a esta obra ofrece al lector unas reflexiones jurídicas de la altura a que nos tiene acostumbrados este jurista. En ellas viene a reflejarse su gran preocupación por lo que él llama «ciencias de la comunicación». Partiendo de los tres conocidos cauces por los que el tratamiento del Derecho se lleva a cabo (elaboración legislativa, investigación científica y aplicación judicial), va destacando las inevitables correlaciones entre ellas, y así dice: la ley, la investigación científica y la jurisprudencia no pertenecen necesariamente a tiempos distintos...; la jurisprudencia, además de llevar a la ley hasta sus últimas consecuencias, hace llegar a ella sus caudales de experiencia. Al lado de esto destaca cómo la intercomunicación de datos y saberes es una de las grandes características del sistema social e intelectual de nuestro tiempo. La información, tratada por la cibernética, va a traducirse en la posibilidad de conseguir, acerca de cualquier tema del Derecho, cuantas «noticias» puedan proceder de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia. Especialmente, la última habrá de ser la receptora más directa de las ventajas de la automatización por los ordenadores.

Por todo ello—termina el prologuista—es importante el estudio de la jurisprudencia. El tratamiento judicial de las normas por las vías de comunicación e intercambio indicadas remite, a su vez, a problemas de la formulación y revisión legislativas, así como a las temáticas y las orientaciones de la doctrina.

Es muy difícil añadir algo más, pues el prologuista lo ha dicho todo. Nostálgicamente, el reencuentro con aquella colección de «Sentencias de la semana» significa una evocación con retroacción de veinte años..., pero las hojas amarillas del periódico se han convertido en el libro manejable, que nos servirá de recuerdo y de consulta.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Juristas españoles de nuestro tiempo*. Organización Sala Editorial. Madrid, 1973.

De mano de la Editorial Organización Sala aparece en el campo del libro jurídico un nuevo trabajo de HERNÁNDEZ GIL, montado, por así decirlo, en dos vertientes unidas por la cúspide del significado que el Derecho puede tener desde el punto de vista de la ciencia, la cultura y su proyección social. Una de las vertientes, la primera, supone un ensayo profundo y difícil, pero muy atinado, en que el profesor HERNÁNDEZ GIL «reivindica», por así decirlo, la proyección universal del Derecho, mientras que en la segunda vertiente se ofrecen cinco semblanzas de otros tantos juristas que supieron dar al Derecho, con su sentido patriarcal y aleccionador, el alcance y la dimensión que el mismo contiene.

En el prefacio de la obra, HERNÁNDEZ GIL justifica sobradamente las razones que le han movido a entregar este trabajo al naciente programa de publicaciones de la Editorial cifada. Voy a destacar, antes de centrar la idea matriz del libro, unas frases que el autor dedica a lo que en el

mundo de la cultura representa el libro en sí. Dice que «los libros no suelen ser puros soliloquios del autor. Responden a incitaciones interlocutorias. Están dotados de un sentido que si, por un lado, es fruto de la incidencia en quien escribe de los diversos entornos sociales e intelectuales acuciantes, por otro lado, es también respuesta del autor a esos estímulos exteriores y a su propia conciencia de hombre de su tiempo». A esta sensacional explicación, que sirve de causa justificativa de la existencia de un libro, es preciso responder al autor con la voz del lector. Utilizo para ello una frase de GUILLERMO DÍAZ-PLAJA, que en el Año Internacional del Libro escribía: «De ahí que nuestra biblioteca transmita una noción de compañía. Cuando yo leo, me acompaño de voces múltiples y comunitarias. Me siento rodeado de mentes lúcidas, que me aseguran mi condición de hombre inmerso en una colectividad, en una consoladora comunicación.»

Si, con el autor anteriormente citado, consideramos que la primera condición para que un libro sea verdaderamente «escrito» (y no sólo impreso) es que sea «pensado y creado», nada más aleccionador que este ensayo del profesor HERNÁNDEZ GIL para demostrarlo. Con su fino sentido jurídico sitúa perfectamente algo que, según él, venía percibiendo: *la excesiva regionalización del Derecho*. ¿Por qué aparece tan recluso en su reducho? ¿Cuáles han sido los avatares de la ciencia jurídica y cuáles sus posibles rumbos? ¿De qué manera es considerada por los propios juristas y, sobre todo, desde el exterior? ¿Por qué no surgen de ella ni llegan hasta ella irradiaciones culturales como las alentadas por o hacia otras ciencias? Nos hemos ido quizá demasiado a los extremos: el Derecho prerrogativa de los juristas, y el Derecho espontaneidad popular. En un caso se extrema el rigor de lo estricto, en el otro se propende a trivializaciones... Con estas palabras, el lector se da perfecta cuenta de la enorme dimensión del problema y cuál es la entrega que al mismo dedica su autor.

Dividamos con el autor esta recensión en las dos partes que el libro tiene. La primera, dedicada al examen de la situación científica y cultural del Derecho, y la segunda, a la semblanza de cinco juristas españoles de nuestro tiempo.

A) *Primera parte*.—Dos anatemas, uno viejo y otro reciente, sirven a HERNÁNDEZ GIL para intentar reivindicar lo que en el Derecho hay de fenómeno cultural, científico y social. El primer anatema lo pronuncia KIRCHMANN, en el año 1847. El segundo lo da a luz LEVI-STRAUSS, con motivo de una encuesta organizada por la Conferencia General de la UNESCO sobre las tendencias principales de la investigación en el ámbito de las ciencias humanas y sociales.

KIRCHMANN logró una frase que le dio renombre universal: «Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura.» Esta frase se ha convertido en preceptiva cuando se afronta el tema de la cientificidad del Derecho. A ellas responde HERNÁNDEZ GIL considerando que la variabilidad del objeto, que se simboliza en las «tres palabras rectificadoras» del legislador, sólo se da si se consideran como único objeto de la ciencia jurídica las leyes contenidas en un determinado ordenamiento, que, en efecto, son modificables. La movilidad del objeto no hace anticientífico o acientífico el conocimiento. Si la ciencia jurídica tuviera que pagar como precio de su cientificidad la invariación del objeto, indiscutiblemente no sería ciencia; mas no lo sería tampoco ninguna otra actividad cognoscitiva. Es ciencia, pese a la variación del objeto; mejor aún, por su variación.

Ese resto inservible a que, según KIRCHMANN, quedan reducidas las bibliotecas nunca podría estar formado por residuos de libros verdaderamente científicos, sino por esa abundante «literatura» de ocasión que se produce en torno a las leyes y que encuentra grandes estímulos comer-

ciales con motivo del cambio legislativo. Cita a este respecto el *Tratado de las pandectas*, de WINDSCHEID, que no podrá ser nunca basura, aunque el «Derecho privado común alemán de origen romano» haya dejado de estar vigente en Alemania desde 1900... A ello podríamos añadir que KIRCHMANN confundió, como muchos otros, el mundo de las leyes con el mundo del Derecho, viniendo como anillo al dedo aquella frase de SCHULZ que decía: «El pueblo del Derecho no fue el pueblo de la ley», al referirse al romano...

Después de ello, HERNÁNDEZ GIL va exponiendo la gran evolución sufrida por la ciencia jurídica, que en una primera etapa se construye como ciencia a imagen de las de la naturaleza, y en una segunda su propósito es contrario al anterior: consiste en diferenciarla de las ciencias de la naturaleza. Esta última dirección adopta dos modalidades, que sólo coinciden en el aspecto negativo indicado, porque cada una toma rumbos diferentes: o bien el de la norma, o bien el de la conducta o, más ampliamente, el de la realidad cultural. Trata, por último, de lo que llama renovaciones epistemológicas o modificaciones en las doctrinas de los fundamentos y métodos del conocimiento científico, que no siempre tienen un reflejo en el tratamiento del Derecho, concluyendo con la exposición del fenómeno de la postergación del Derecho considerando que la ciencia jurídica pocas veces sale de su rincón; en él suele encontrarse acantonada, recluida, marginada, y aunque esa marginación procede siempre de los demás, en este caso, los juristas han contribuido notablemente a que se los margine... Frente a la extraversion cultural de las ciencias humanas y sociales, el Derecho se recluye. La filosofía del Derecho, en vez de ser una contemplación de ésta desde la filosofía general, suele ser demasiado al pie de la letra una filosofía del Derecho, en donde la filosofía experimenta de entrada una especial conformación con vistas a lo que ha de ser su objeto.

El segundo anatema no procede de un jurista, sino de quien no lo es. La circunstancia de no proceder de un jurista—dice HERNÁNDEZ GIL—lo hace particularmente idóneo, en cuanto el sentido de estas reflexiones es buscar el encuentro con el Derecho desde fuera de su estricta interioridad, situarle en las temáticas científicas y culturales de nuestro tiempo, sustrayéndole del triste papel de especialismo replegado sobre sí y sin relaciones. Con minuciosidad va desarrollando la tesis de LEVI-STAUB, cuya síntesis cabría expresarla con el autor diciendo: las ciencias humanas y sociales carecen de entidad científica autónoma, y sólo alcanzarán el *status* de ciencia si terminan por confundirse con las ciencias exactas y naturales, dejando de diferenciarse de éstas. Es decir: o se integran en donde únicamente habita la ciencia o no llegan a serlo.

Esta primera parte termina con la idea de que la ciencia jurídica toca más de cerca que otras el fenómeno de la incidencia en la sociedad. No por ella misma, sino de una manera refleja, esto es, por su objeto, el Derecho, que se encuentra en constante proceso de elaboración y aplicación. A la sociología del Derecho le incumbe cultivar el conocimiento sociológico del fenómeno jurídico; ella ha de promover también el perfeccionamiento de los métodos adecuados a su objeto, pero no ha de concebirse como mera exportadora de unos resultados a la ciencia jurídica ni ésta debe quedar reducida al papel de receptora. En definitiva—concluye el autor—, las técnicas de elaboración y aplicación del Derecho dominadas por los juristas facilitan excelentes oportunidades para dotar de repercusión y efectividad al conocimiento sociológico.

B) *Segunda parte.*—Son cinco las figuras jurídicas que examina detenidamente el autor. Por su orden de aparición vamos a exponerlas:

- FELIPE CLEMENTE DE DIEGO.—Para HERNÁNDEZ GIL, la figura de don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO es la de un maestro del Derecho civil, volviendo a recobrar en él la amplia dimensión que tuvo el *ius civile*. La época en la que le toca desenvolverse a DE DIEGO es la del positivismo jurídico. El Derecho iba siendo expulsado de las posiciones que ocupaba en el terreno de las inquietudes metafísicas, para reconducirle por entero al terreno de la sazón llamante categoría de las ciencias de la cultura. Aunque en España no tuvo gran relieve ese fenómeno del positivismo y se llegó a dar cima a la obra legislativa del Código civil, los estudios jurídico-civiles se desenvolvieron en España en un ambiente de aislamiento. El primer gran mérito de DE DIEGO como civilista es haberse hecho cargo de la época en que estaba llamado a desplegar su actividad, es decir, comportarse en función de su tiempo y de su patria. Y el postrer gran merecimiento del eximio jurista es el de, por un lado, haber impreso un nuevo giro al estado de cosas con que se encontró, de forma que tras él aparece una nueva fase en los estudios jurídico-civiles patrios, y, por otro lado, el poder ofrecer a las generaciones que se suceden algo en donde brillan las huellas indelebles de lo permanente.

El elogioso comentario de la obra y dimensión de don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO sigue la línea de la forma de conocimiento de autores alemanes de tanta transcendencia como SAVIGNY, WINDSCHEID, GIERKE, ENDEMANN, etc., al mismo tiempo que hace surgir y poner en circulación nombres y doctrinas que el uso amenazaba de prescripción (NEBRILJA, PARLADOIRO, RETES, RAMOS DEL MANZANO, etc.). Sin perjuicio del examen detenido de algunos aspectos de sus obras, cabe señalar aquí la idea que destaca HERNÁNDEZ GIL: la actividad que mantuvo ante el Derecho civil como ciencia, cuidándose de enmarcarla en el conjunto de la enciclopedia jurídica, situarla en su seno y ver, por tanto, las conexiones de aquél con otras disciplinas. Por tanto, puso los cimientos de una gran tarea y dejó un camino trazado.

- IGNACIO DE CASSO ROMERO.—Se formó en la Universidad hispalense. Es universitario por tradición. No vio en el Derecho un instrumento dúctil a las manipulaciones para el logro de fines ideológicos. Antes que servirse del Derecho, por muy nobles que fueran sus intenciones, quiso servirle, sentirse imbuido de todo lo que hay en él como discernimiento de la justicia y de la libertad en la convivencia humana. Su actividad científica queda reflejada tanto en la función de la docencia directa en el aula, como en una producción bibliográfica numerosa e importante.

No se puede establecer, ni siquiera con fines dialécticos, una distinción entre el hombre y el jurista. Se daba en él la más plena armonía entre la persona, la vocación y la profesión. Hombre íntegro, cabal y bondadoso, fue exactamente lo mismo como jurista y como maestro. El Derecho, como todas las creaciones del hombre, nunca termina de ser, siempre tiende a ser y a transformarse. Lo importante es que no se inmovilice, como la materia inerte, y que tampoco se convierta en instrumento veleidoso del poder político. IGNACIO DE CASSO captó este sentido, a la vez immanente y trascendente, del Derecho.

- MANUEL DE LA PLAZA NAVARRO.—Después de situar históricamente el problema del Derecho procesal, considera a DE LA PLAZA como uno de aquellos hombres que, dentro de la doctrina española, impulsan la dignificación científica del Derecho procesal. Fue el jurista que formado inicialmente en el cometido de la aplicación del Derecho propio del Juez y del Magistrado, supo adentrarse también, por sus

dotes de investigador y expositor, a la vez que por la forma crítica y constructiva de enfocar los problemas jurídicos, en los ámbitos inquisitivos infundido de un espíritu universitario.

En el desempeño de la función de juzgar, junto a la inquietud por la solución justa, experimentó también la inquietud por la justificación correcta. Sus deberes de Magistrado no los consideraba cumplidos con el logro del fallo pertinente. A DE LA PLAZA se le encuentra a través de su pensamiento, de su lenguaje y de su estilo. Captó y padeció acaso como nadie el problema del recurso de casación no exento de cierto dramatismo. A MANUEL DE LA PLAZA únicamente le faltó la experiencia del Abogado en el recurso de casación. Me refiero—dice el autor—a la experiencia directa, personal, anecdótica. Porque con su vivacidad intuitiva, sus conocimientos y su actuación en el Tribunal Supremo se dio cuenta perfecta del papel del Abogado.

- NICOLÁS PÉREZ SERRANO.—La figura de este jurista viene concretada al prólogo que a la obra del autor plasma HERNÁNDEZ GIL. Ello quiere decir que la visión del jurista se limita un tanto en su dimensión y se reduce a una de sus manifestaciones, quizá la más importante en materia de madurez y plenitud. El trabajo del Abogado—dice HERNÁNDEZ GIL—en el dictamen es distinto. Si el pleito es la última palabra del diálogo, el dictamen, sin llegar al soliloquio (propio de lo íntimo o de lo puramente especulativo), se desenvuelve en zonas de menor densidad interlocutoria. Tarea más remansada y pacífica, próxima a la académica, no distante a la didáctica. En ningún caso la figura del Abogado puede considerarse equivalente a la del técnico razonador, ni siquiera a la del experto. Los dictámenes de don NICOLÁS PÉREZ SERRANO, producidos en época más imbuida de inquietudes técnicas, vienen a situarle en una posición no totalmente agotada por las precedentes obras maestras.
- JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS.—Durante cincuenta años largos la ciencia jurídica española encuentra su expresión más amplia, perseverante y fecunda en la figura y en la obra de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. Así comienzan estas notas que HERNÁNDEZ GIL ofrece al gran jurista, maestro y científico que fue el profesor CASTÁN.

CASTÁN se adentró en el conocimiento del Derecho y abordó sus problemas en los tres planos capitales que ofrece: el de la preparación y elaboración de las normas, el de la aplicación judicial y el de la investigación. Ninguna de las facetas del panorama del Derecho hubo de pasarle inadvertida. Después de señalar la amplitud de su función investigadora, de su dominio en la aplicación del Derecho, señala las grandes cimas del talento sistemático que en el autor existían. Eminentemente claro en el pensamiento, en el discurso y en la palabra, nada de lo que argumenta o dice CASTÁN TOBEÑAS queda en la penumbra ni infunde dudas. Todo es penetrable. De otra parte, en CASTÁN se encarna como característica esencial la de la armonía, y posiblemente uno de los temas en donde CASTÁN muestra mejor la contextura de sus esquemas mentales, siempre con aspiraciones de armonía, es en el tratamiento de la equidad.

La obra de CASTÁN se produce en unos momentos de fiebre, dispersión y lucha metodológica. Su gran idea matriz es configurar como elaboración del Derecho todo lo concerniente a la producción y tratamiento del mismo. Sus diversos criterios tienen siempre como telón de fondo el sentido unitario atribuido al fenómeno de la elaboración del Derecho.

En definitiva, CASTÁN, además de proyectar su actividad en la elaboración del Derecho, en su aplicación judicial y en su investiga-

ción teórica, explica todas estas actividades y las convierte en objeto de estudio. Por eso hace ciencia de la legislación, ciencia de la ciencia (filosofía, epistemología), ciencia de la realidad social (historia, sociología) y teoría de la técnica (ciencia jurídica). Entendió como un proceso nutrido de colaboraciones sucesivas, acaso generacionales, el quehacer científico. El viene a considerarse como un eslabón en la cadena infinita.

Debo advertir que esta especie de resumen apresurado de esta segunda parte del libro tiene el inevitable fallo de la síntesis. Así como una tesis, una idea, una teoría, un enunciado, una postura, etc., pueden ofrecerse al lector en cuatro rasgos más o menos acertados, la figura de un jurista no puede resumirse en una o más frases, y por mucho que he querido exprimir las que HERNÁNDEZ GIL ofrece para delimitar las figuras humanas de estos grandes juristas que nos ofrece, sé que se me han escapado infinidad de matices... Mis síntesis no son ni siquiera la posible *ficha* que de la obra puede ofrecerse al investigador, pues el perfil humano, su fondo jurídico, su posible proyección magistral, escapa a estas notas, que sólo leídas en el original, de donde las tomo, adquieren trascendencia y dan la dimensión de los personajes que se nos ofrecen.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MARTÍN RETORTILLO, LORENZO: *Las sanciones de orden público en Derecho español*. Editorial Tecnos. Madrid, 1973.

Propósito del autor es lograr una sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de sanciones de orden público. No se trata de estudiar directamente la actividad sancionatoria, ese poder penal residual que la Administración conserva, en base a la Ley de Orden Público, sino tan sólo la jurisprudencia relativa a la misma, con la limitación que ello implica, al ser tomados en consideración sólo aquellos casos de sanción, lógicamente menguados en la proporción total, que fueron llevados después a un Tribunal Contencioso-Administrativo.

Sistemáticamente, se inicia la obra con una advertencia preliminar, y está dividida en tres partes; van seguidas de una relación de las sentencias citadas y un índice bibliográfico. Al pie de página contiene numerosas notas.

En la advertencia preliminar expone su plan de trabajo, inicialmente limitado a diez años de jurisprudencia a partir de la Ley Contencioso-Administrativa de 1956, y posteriormente ampliado hasta finales de 1970, destacando cómo este libro, que supone sólo una parte de la labor total, sale a la luz, de un lado, porque puede tener sustantividad propia; de otro, porque puede suponer un incentivo para terminar esa labor iniciada.

La parte I está dedicada al proceso histórico de cómo se llega por los Tribunales al enjuiciamiento de las sanciones administrativas referentes al orden público. Tras destacar la dificultad de delimitación del concepto de orden público, así como también su relatividad—varía en el tiempo con intensidad notoria—, pone de relieve la amplitud enorme que ha adquirido en los últimos tiempos. Como punto de partida, en este proceso histórico toma el sistema contencioso-administrativo patrocinado por SANTA-MARÍA DE PAREDES, que plasmó en la Ley de 13 de septiembre de 1888, y que desarrolla el Reglamento de 1894, en cuyo artículo 4 se contiene ya una

referencia expresa al orden público. El orden público se considera como materia correspondiente a la potestad discrecional, y calificar una materia de discrecional significa tanto como excluirla de la posibilidad del recurso contencioso-administrativo.

Va marcando después sucesivas etapas: la Dictadura, República, guerra civil, hasta llegar a la Ley de 23 de diciembre de 1956, que no alude para nada a las materias de orden público a la hora de regular el ámbito, extensión o límites de lo contencioso-administrativo, con lo que, en principio, no parece existir obstáculo al enjuiciamiento de las actuaciones administrativas por los Tribunales, pero el artículo 2 excluye de tal enjuiciamiento a los actos políticos del Gobierno. El concepto de acto político va a ser, por tanto, la norma de la recurribilidad de las actuaciones administrativas relacionadas con el orden público en la legislación vigente.

La segunda parte se refiere a los motivos de inadmisibilidad del recurso y consta de cuatro capítulos.

Desaparecido el concepto de discrecionalidad como técnica obstativa a la de la justiciabilidad, se encuentra un freno a la misma en el juego de los actos políticos. La jurisprudencia, en un principio, seguía declarando normalmente su incompetencia, apoyándose ahora en el concepto de acto político, que fue un verdadero concepto puente. Pero a partir de 1961, lo que en alguna ocasión se había declarado con carácter casi intuitivo, va madurando y se confirman dos ideas: 1.ª) Que no todos los actos del Gobierno son actos políticos, sino sólo los emanados del Consejo de Ministros. 2.ª) Que no todos los actos emanados del Gobierno tienen la suficiente trascendencia como para aplicar el apartado b) del artículo 2 de la L. J. Existen, sin embargo, quiebras al sistema y es curioso que se den en casos que externamente son iguales e incluso, en ocasiones, siendo ponente un mismo Magistrado.

En el capítulo 2 de esta segunda parte, estudia la institución *solve et repete* o de previo pago. También aquí la jurisprudencia ha evolucionado en un sentido favorable al sancionado. Mientras en el sistema de la Ley de 1888 se exigía el pago de la multa, hoy basta con el depósito de la misma, sin exigir siquiera el documento acreditativo, siempre que se demuestre por cualquier otro medio que se hizo efectiva. El Tribunal Supremo se muestra radicalmente antiformalista. El problema más interesante que se plantea es el de si para la interposición del recurso contencioso-administrativo bastará con el abono o depósito del tercio del importe de la multa, como ocurre con el administrativo, o será necesario el abono o depósito del total. La jurisprudencia, como en otros muchos puntos, se muestra contradictoria. MARTÍN RETORTILLO entiende, dada la remisión que la ley de lo contencioso hace a la de orden público, que bastará con el abono o depósito del tercio del importe. Si no se admitiera por el Tribunal, siempre existe la posibilidad del plazo para el abono total.

El capítulo 3 alude a otros motivos de inadmisibilidad del recurso, capítulo que el propio autor califica de «cajón de sastre», y en él se recogen una serie de aspectos concretos sobre posibles causas de inadmisibilidad, falta de interposición del recurso de reposición, cómputo de plazos..., pero sin permitir análisis sistemáticos debido a la escasez de jurisprudencia.

Finalmente, en el capítulo 4 estudia la fuerza expansiva del Tribunal Supremo, recogiendo una serie de sentencias, en las que aquél fuerza decididamente su esfera de atribuciones y poderes, a fin de que no prevalezca la incompetencia indudable del órgano administrativo que había sancionado. Se basa esta fuerza expansiva, según el propio Tribunal Supremo, en la necesidad de no dejar indefenso al particular frente a resoluciones emanadas de órganos administrativos incompetentes o en la de evitar que

a un mismo acto puedan serle aplicadas dos medidas sancionadoras de carácter administrativo.

La parte tercera, la más amplia, la dedica al examen del principio de **PREVIA AUDIENCIA DEL INTERESADO**, a través de tres planos convergentes: el de las normas promulgadas y vigentes, el de las actuaciones administrativas y el del enjuiciamiento que el Tribunal Supremo hace de dichas actuaciones a través de estas normas.

Examina el principio en nuestro Derecho positivo, donde aparece recogido en el artículo 19 del Fuero de los Españoles, así como en el 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ley que si bien prevé procedimientos especiales, hace la declaración de que las normas esenciales de garantía del interesado, entre las que se encuentra dicho principio, han de aplicarse necesariamente cuando no estén previstas en dichos procedimientos.

La jurisprudencia contencioso-administrativa en general, como pone de relieve a través del trabajo de SERRANO GUITRADO: *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, reitera el valor de regla obligatoria y de inexcusable cumplimiento de la previa audiencia en todo supuesto de actividad sancionatoria de la Administración.

¿Qué sucede en el campo concreto de las sanciones de orden público? De unos sesenta casos examinados, en los que los recurrentes alegaban que habían sido sancionados sin previa audiencia y defensa, en uno tan sólo se da la razón al recurrente. Las razones materiales aducidas por el Tribunal Supremo son varias. Fundamentalmente pueden reducirse a la patenticidad de los hechos, cuando la Administración puede equivocarse y, de hecho, se equivoca, y a la urgencia, concepto de palanqueta en el Derecho administrativo, que hoy no tiene base legal alguna, al no ser la Ley de Orden Público de aplicación, únicamente cuando se declara el estado de excepción. La ley legitima la rapidez, la urgencia en la actuación, pero sólo en las medidas encaminadas a restablecer el orden. Y una cosa es mantener el orden público, y otra muy distinta sancionar los actos contrarios al mismo.

Legalmente se aducen una serie de argumentos, fundamentalmente la referencia que el Decreto de 10 de octubre de 1958, sobre procedimientos especiales aún en vigor, hace al número 5 del artículo 137 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 1947, que autoriza «la sanción de plano».

Tal argumentación es, según MARTÍN RETORTILLO, insostenible. La crítica la hace en los tres aspectos siguientes:

1.º La necesidad de la previa audiencia, que no puede ser sustituida por un recurso posterior a la sanción, ya que el acto administrativo una vez notificado produce efectos.

2.º La no vigencia del Reglamento de 1947, pese a la referencia del Decreto de 1958, por ser tal referencia incorrecta, pues fue la Ley de Procedimiento Administrativo la que autorizó a dicho Decreto a la enumeración de los procedimientos especiales que estuvieran vigentes, y dicha ley había derogado tal disposición en su artículo 1.

3.º Que aun dando por vigente el Reglamento de 1947, no podría aplicarse a las correcciones impuestas por faltas contra el orden público, como se desprende no sólo de una interpretación sistemática del propio Reglamento, sino porque así lo sanciona expresamente el artículo 1 del mismo en su número 3.

A la vista de estos argumentos, concluye la obra—de importancia indudable no sólo porque la sistematización de la jurisprudencia puede aclarar muchas dudas, sino también por el gran auge de esta materia en los últimos años—con un interrogante de interés: ¿Cuál será ese procedi-

miento peculiar en materia de orden público a que se van remitiendo escalonadamente todas las normas? Tras el examen de todas aquellas disposiciones en que podía estar contenido llega a una conclusión negativa, afirmando que puede que tal regulación exista, pero que son muchos los indicios que empujan a pensar que ni existe ni ha existido nunca; señalando, además, la contradicción existente entre unas normas a las que se atribuyen aires renovadores y un actuar administrativo del más viejo puro estilo.

MANUEL RIDRUEJO GONZÁLEZ
(Seminario de Derecho Hipotecario
de Extremadura)

NAVARRO VALLS, RAFAEL: *Divorcio: orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio*. Editorial Montecorvo, núm. XXXIII, año 1972.

La obra de este joven profesor, prologada por el rector de la Universidad de Murcia, MANUEL BATTLE VÁZQUEZ, constituye una muy estimable aportación, de Derecho vivo, en el estudio de uno de los supuestos más conflictivos del Derecho internacional: la eficacia de las sentencias de divorcio, «institución ésta delicada y que siempre roza sentimientos fundamentales de los diversos Estados, tradicionalmente enfrentados los sistemas de inspiración confesional y los laicos». Si bien, en torno a dicho estudio, y en íntima relación con él, se profundiza en la parte general, y en los Derechos procesal y canónico, amén del de familia.

El libro se divide en tres capítulos:

El primero, fundamentalmente procesal, dedicado al examen de la fuerza de las sentencias extranjeras de divorcio en el Derecho comparado y del procedimiento de *exequatur*, con un planteamiento general de lo que será posteriormente desarrollado.

El segundo, principalmente sustantivo civil, versa sobre el orden público español y el divorcio vincular.

Y el tercero aborda en profundidad el tema de la indisolubilidad del matrimonio canónico y la sentencia extranjera de divorcio.

CAPÍTULO PRIMERO

Sentencias extranjeras de divorcio vincular y procedimiento de «exequatur»

El autor plantea inicialmente el problema de la fuerza de las sentencias en el ámbito del Derecho procesal internacional: toda sentencia de las de un determinado país, sea declarativa, constitutiva o de condena, tiene una serie de efectos, bien directos o bien accesorios o reflejos, para cuya admisión en el orden interno de otro determinado requiere un control *a priori* o *a posteriori* del órgano jurisdiccional ante el que se ha de hacer valer.

Los sistemas de control y los criterios inspiradores de los mismos se analizan según el esquema siguiente: primero, y como es de rigor en una obra de estas características, en el campo general del Derecho comparado, con un especial e importante estudio del sistema italiano; segundo, en el campo de las convenciones y congresos internacionales, y tercero, en el

Derecho español, cuyo estudio en profundidad se hace en el segundo capítulo.

Derecho comparado.—NAVARRO VALLS destaca, dentro de éste, el carácter laico de la mayoría de los sistemas, inspirados en el principio de disolución del vínculo matrimonial, frente a la minoría de países antidivorcistas: éstos controlan mucho más las sentencias extranjeras de divorcio que los primeros, para los que aquél es un simple hecho y no un acto jurídico que exija una cuidada competencia y motivación para su otorgamiento.

Distingue el autor los siguientes grupos de sistemas:

1.º Sistemas que han adoptado la legislación canónica del matrimonio: Colombia—la sentencia extranjera produce únicamente todos sus efectos directos y reflejos si se refiere a no colombianos—, Portugal—que no admite el divorcio para casados canónicamente, concediendo simples efectos reflejos, pero no directos, a la sentencia que afecte al portugués casado en el extranjero—y España (Italia también antes de la Ley Fortuna-Baslini).

2.º Sistemas en los que la indisolubilidad no es fruto de la concepción sacramental del matrimonio canónico, como el del Brasil.

3.º Sistemas en los que se admite el divorcio vincular, bien requieran siempre *exequatur* para la eficacia de la sentencia extranjera (Venezuela) o no siempre (Suecia, Finlandia, Checoslovaquia, Libano...) o lo requieran *a posteriori*, a veces (Francia, Bélgica, Grecia...).

4.º Sistemas del *common law*: en Inglaterra se admite la eficacia de las sentencias pronunciadas por Tribunales del Estado donde el marido tenga su domicilio estable en el momento de la introducción de la demanda o reconocido por vía de reenvío. En cuanto a los Estados Unidos, los «divorcios migratorios» han hecho reaccionar al Tribunal Supremo en favor de la divisibilidad de la eficacia de las sentencias extranjeras o interfederales según la naturaleza de los efectos de que se compongan.

5.º Suiza tiene un sistema muy liberal sin *exequatur*, e Israel admite la eficacia de la sentencia extranjera de divorcio dictada para extranjeros; pero si se trata de israelíes, sólo en el supuesto de que haya sido pronunciada según la ley religiosa israelí, que funciona, al igual que la canónica para los católicos, transpersonalmente.

El sistema italiano.—La anterior similitud con el nuestro induce al autor a un detenido examen del sistema italiano, en el que emplea una buena bibliografía, distinguiendo la normativa anterior a la Ley de Divorcio de diciembre de 1970 (conocida por Fortuna-Baslini, apellidos de los diputados, socialista y liberal, respectivamente, que la promovieron) y la normativa creada por dicha Ley.

En el primer período, el sistema italiano era decididamente antidivorcista por principio. Respecto de efectos de sentencias extranjeras de divorcio, la jurisprudencia italiana había adoptado las tres siguientes posturas: 1.º) Si la sentencia extranjera concernía a extranjeros era, en principio, compatible con el orden público y podía ser reconocida en todos sus efectos, a condición de que hubiese sido pronunciada por Juez competente y respetado otros requisitos impuestos por el ordenamiento procesal. 2.º) Si la sentencia extranjera se refería a esposos italianos o a matrimonios en los que uno de los cónyuges era italiano en el momento en que se hubiese pronunciado el divorcio, la petición de *exequatur* se rehusaba en base a la excepción de orden público. 3.º) Si la sentencia había recaído sobre matrimonio celebrado según el rito religioso católico, el reconocimiento de efectos se denegaba, incluso en el caso de esposos extranjeros,

tomando como base la reserva de jurisdicción contenida en el artículo 34 del respectivo Concordato a favor de la Iglesia.

Tras la Ley Fortuna-Baslini, si bien en el momento en que fue escrita esta obra no había precedentes judiciales, habiendo establecido aquélla el divorcio, parece lógica la plena admisibilidad de las sentencias extranjeras declarándolo entre extranjeros o entre italianos o italiano y extranjero —si bien parece que la jurisprudencia limitará, en estos últimos casos, la admisibilidad a aquellas que estén basadas en causas de divorcio de las que admite la ley italiana—, e incluso la admisibilidad de las sentencias extranjeras de divorcio de matrimonios celebrados concordatariamente entre italianos, pues los procedimientos de disolución del vínculo no están ya reservados a los Tribunales eclesiásticos.

Convenciones y congresos internacionales.—Prescindiendo de aquellos en los que no ha intervenido España, que se detallan, el autor examina especialmente los proyectos de Convenio de La Haya de 1966 y 1969, en los que se estableció el principio general de eficacia de las sentencias extranjeras incluso para el fundamental efecto directo de autorizar el nuevo matrimonio a los divorciados, sin que el Juez ejecutor pueda controlar la decisión de fondo salvo, excepcionalmente, en el caso de divorcio entre dos cónyuges que en el momento de su obtención eran exclusivamente nacionales de Estados cuya ley nacional no conoce el divorcio.

España se abstuvo, siendo muy interesante la lectura de la exposición de nuestra posición oficial, en la que, tras afirmar nuestros tajantes principios antidivorcistas, se dice: «Nuestra jurisprudencia ha extendido al máximo la aplicación del orden público en las cuestiones matrimoniales. Sólo parece quedar fuera del orden público español el reconocimiento de las sentencias de divorcio de extranjeros, pronunciadas en el extranjero, cuando la ley nacional de los dos esposos permita el divorcio y siempre que no se trate de matrimonio canónico. Un caso tal no ha sido sometido aún al Tribunal Supremo español. Sólo la Dirección General de los Registros ha emitido una resolución concluyente, en el sentido de que este género de divorcio debía ser reconocido.»

Se examinan igualmente con detenimiento las conclusiones del V Congreso de la Academia de Derecho Comparado y de los Congresos Ibero-Americano-Filipino de Derecho Procesal e Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

Repasando el panorama internacional, el autor concluye que «el orden público es una constante defensiva, que en unos sistemas alcanza la nota de regla y en otros la de excepción, pero cuya referencia es casi obligada en la mayoría de las legislaciones y acuerdos internacionales. La tendencia de la mayor parte de la jurisprudencia extranjera es progresiva y ampliamente permisiva de la eficacia extraterritorial de las sentencias de divorcio, aunque se observa una visible reacción frente a lo que se ha dado en llamar 'la industria del divorcio', que algunos Estados tienen verdaderamente organizada para producirlo y exportarlo».

El sistema español.—El autor adelanta en este capítulo una panorámica del mismo, con una especial consideración procesal.

En sede jurisprudencial y doctrinal, el problema está doblemente englobado: por un lado, si para la eficacia en España de la sentencia extranjera constitutiva de estado es indispensable su revisión de fondo y forma por nuestro Tribunal Supremo y, por otro, si cabe otorgar algunos efectos secundarios o reflejos a la sentencia extranjera de divorcio sin necesidad de ese control previo.

En el primer aspecto, el autor comienza por exponer el sistema español de homologación de sentencias (procedimiento de *exequatur* establecido en los arts. 951 y siguientes de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil), sis-

tema que considera ecléctico—«podríamos llamarlo de los supuestos escalonados»—dentro de los tres grandes grupos de los del Derecho comparado (a saber, reciprocidad, *exequatur* previo o posterior y sustitución de resoluciones): en nuestro Derecho habrá que estar a los Tratados, si los hay, con el país del que provenga la sentencia (art. 951); en su defecto, o bien al principio de reciprocidad (arts. 952 y 953) o a las reglas del artículo 953 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (acción personal, no rebeldía, licitud de la obligación en España y autenticidad según la ley de origen y la española). La ejecución debe pedirse al Tribunal Supremo, salvo Tratados, quien la concederá según los trámites establecidos por los artículos 956 y 957 de la Ley Procesal.

En nuestro sistema, considera NAVARRO VALLS, el título ejecutivo no es la resolución extranjera, sino la dictada por el Tribunal Supremo, ordenando que se proceda a ejecutar el fallo extranjero.

Es clara actualmente en nuestra jurisprudencia, en especial a partir del auto de 27 de noviembre de 1942, y en nuestra doctrina, la directa aplicabilidad de las sentencias canónicas pronunciadas por Tribunales eclesiásticos extranjeros en causas matrimoniales de nulidad, separación o dispensa por privilegio paulino.

Centrado el problema en las sentencias civiles, y distinguiendo los efectos simplemente constitutivos de los ejecutivos de las mismas, se plantea la cuestión de si el *exequatur* es preciso sólo para el reconocimiento de los segundos o también para el de los primeros (cosa juzgada material, etc.): el autor, que se declara partidario de que las sentencias extranjeras deben continuar sometidas a control en todos sus posibles efectos, traza un buen esquema de las diversas posturas y razonamientos, en presencia de nuestra más selecta doctrina procesalista, si bien estima, con GUASP, que es conveniente la sustitución de la nomenclatura actual por la de «proceso de reconocimiento de efectos de sentencias extranjeras», todo ello sin perjuicio, de *lege ferenda*, de la posibilidad de un criterio más progresivo en la materia, en el total del contexto de nuestro ordenamiento legal.

En el segundo de los aspectos inicialmente aludidos, a propósito del sistema español—esto es, el de que sin perjuicio del claro principio de control, tanto de fondo como de forma, de las sentencias extranjeras y la tajante sanción antidivorcista, cabe excepcionalmente la admisibilidad de determinados efectos secundarios o reflejos de aquéllas sin necesidad de *exequatur*—, hasta el año 1951 nuestra jurisprudencia, salvo la sentada durante la vigencia de la Ley de Divorcio de 1932, era constante en exigir el control para todo tipo de efectos, no sólo para los directos, entre los que destaca la posibilidad de admisión de nuevo matrimonio por el declarado divorciado en virtud de tales sentencias extranjeras, sino también por los indirectos aludidos (y que se desarrollarán en el capítulo siguiente).

Dejando aparte el paréntesis republicano, la fundamental Resolución de la Dirección General de los Registros de 26 de marzo de 1951 admitió la posibilidad de recuperar la nacionalidad española a la mujer hispana casada canónicamente en España con alemán y posteriormente divorciada en Alemania, incluyendo en el hoy reformado artículo 22 del Código civil el supuesto de divorcio vincular. Y la de 23 de abril de 1970 atribuyó la condición de hija natural a la habida de padre español soltero y extranjera divorciada, en una interpretación discutible de los artículos 119 y 11, 3.º, del Código civil.

Estas dos resoluciones, y otras cuyo estudio se amplía en el siguiente capítulo, venían, en definitiva, a admitir el llamado sistema del «*exequatur* incidental».

La doctrina española más autorizada se había pronunciado ya sobre la cuestión de si aun siendo el Tribunal Supremo el competente, en prin-

cipio, para decidir sobre el *exequatur* de las sentencias extranjeras, puede uno de Instancia inferior, que conoce de un procedimiento en marcha, hacer esa declaración cuando la sentencia extranjera sea fundamento de una excepción o no persiga concretamente el fin de su ejecución en territorio español, sino tan sólo el reconocimiento de algunos de sus efectos.

De las corrientes doctrinales, en especial de las suscitadas en torno a las dos resoluciones citadas y de otras, como las de 12 de enero de 1963 y 30 de marzo de 1964, éstas en el sentido de admitir ciertos efectos de legitimidad en beneficio de los hijos habidos de segundo matrimonio de divorciados, a través del *favor prolis* y una amplia interpretación del artículo 69, 4.º, del Código civil, el autor hace un buen examen, tras el cual, de *lege ferenda*, concluye:

«El que nuestra jurisprudencia—en contra, a nuestro entender, de lo previsto en la Ley Procesal y en la opinión más común de la doctrina—haya recurrido en ciertos casos al procedimiento de homologación incidental de sentencias extranjeras de divorcio vincular, por lo menos en ciertos aspectos secundarios de las mismas, trae su causa de la rigidez del procedimiento de *exequatur*, como actualmente viene regulado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este proceso carece de agilidad y supone necesariamente un sí o un no global al pronunciamiento extranjero, sin posibilidad de reconocimiento parcial de efectos indirectos a la sentencia extranjera no contrarios al orden público.

Esta situación obliga a los Tribunales de Instancia inferior al Supremo al discutible proceder de eludir el preceptivo *exequatur* ante aquel Tribunal, con la lamentable consecuencia de seguir caminos técnicamente discutibles.

Según nuestra opinión, es precisa una modificación del actual sistema de ejecución de sentencias extranjeras que haga posible—también en lo que a las de divorcio vincular se refiere—la homologación parcial de algunos de sus efectos con el natural rechazo de aquellos otros contrastes con nuestro concepto del orden público.

Así, en la sentencia de divorcio vincular extranjera, le sería posible a nuestro más alto Tribunal—que debería seguir conociendo de las pretensiones de *exequatur*, por las importantes consecuencias que de tal proceso se siguen—distinguir el efecto material directo de ruptura del vínculo (absolutamente opuesto a nuestro concepto de orden público y a la legislación canónica, a la que en ciertos supuestos se reenvía nuestro sistema matrimonial) de otros secundarios de muy diverso género, y que no sólo no van en contra de nuestro orden público, sino que llegan a integrarse en un contenido positivo del mismo.»

CAPÍTULO SEGUNDO

Orden público español y divorcio vincular

Con la mejor sistemática, el autor desarrolla, en primer lugar, el concepto de «orden público» en general, y luego en nuestro Derecho, circunscribiéndolo más tarde al campo del divorcio vincular, distinguiendo su vigor absoluto (efectos directos, su inadmisibilidad total) y su juego atenuado (admisibilidad parcial de efectos accesorios y reflejos).

El estudio de las líneas maestras del concepto «orden público» constituye, a mi juicio—y aunque NAVARRO declare lo contrario—, una pequeña, pero estimable monografía en la materia, por su sistema, claridad y fuentes manejadas, muy cómoda para el que quiera aprehender el referido

concepto con el mínimo detenimiento y el máximo rigor a un tiempo, a pesar de «entrañar una noción que incluye, hoy por hoy, términos tan diversos como interés público, orden social, buenas costumbres, normas imperativas, territoriales, bien común, orden jurídico, internacionalización de valores morales; que despliega su eficacia con diversidad de vocaciones en el orden interno e internacional, penal y administrativo, civil o procesal; que se adapta y cambia de contenido en el espacio y en el tiempo...».

Sucesivamente se van analizando el origen del concepto (cuando comienza a atisbarse la necesidad del comercio jurídico internacional, como una excepción a la aplicación de la ley extranjera), su necesidad y finalidad (defender el modo de ser interno del Estado) y sus características: *indelimittación conceptual* (se estudian las aportaciones de MARÍN LÓPEZ, PUGLIATTI, DORAL, HACKETT..., para lograr el mayor grado de su precisión), *pluriformismo* (diversidad de «funciones» dentro de un determinado orden interno y a nivel comparado, discusión en torno a la clasificación de orden público interno e internacional, en la que se estudian las posiciones de BROCHER, SPERDUTTI, DORAL, ISSAD, LARICCIA, BADIALI, SMITH y Código de BUSTAMANTE, entre otras), *relatividad* (en el tiempo y en el espacio, lo que, según DORAL, no debe de confundirse con un arbitrario oportunismo político o económico), *jurisprudencialismo configurador* (importante medio judicial en la aplicación de la ley, que confiere a los Tribunales una función cuasilegislativa), *elasticidad* (gradación o posibilidad de ser aplicado con una mayor o menor intensidad según las instituciones o los efectos), *funcionalidad negativa* (como límite frente a la autonomía de la voluntad y como cláusula de reserva frente a la ley extranjera) y *expansividad y restrictividad* (de origen político y sociológico). Su contenido se trata de fijar, por unos, casuísticamente; por otros, partiendo de unos principios fundamentales, o bien, por otros, estableciendo lo que no debe de entrar en aquél. Son múltiples los autores consultados por el autor.

Las referencias legislativas al concepto de «orden público» en España (arts. 4, 11 y 1.255 del Código civil; Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, art. 1; Ley de 27 de diciembre de 1956 sobre jurisdicción contencioso-administrativa; Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia—orden público económico—; art. 6 del Fuero de los Españoles; art. 2 de la Ley de 28 de junio de 1967 sobre libertad religiosa, y art. 3 de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964) ponen de relieve que nuestro ordenamiento adopta la concepción clásica del concepto antes caracterizada.

Se consideran especialmente los dos artículos que el Código civil dedica al orden público en el Derecho internacional privado, el 11 y el 8, estudiándose con detenimiento su diferenciación.

El proyecto de título preliminar del Código civil, elaborado por la Comisión General de Codificación, contiene una fórmula extremadamente sobria: «No tendrá aplicación una ley extranjera contraria al orden público» (art. 10, 3.º), fórmula comentada por SIMÓ SANTONJA y MIAJA DE LA MUELA, para quien la menor precisión del enunciado, no comprensivo de la expresión «sentencias», por otra parte, implica que se transfiere la tarea de precisar la excepción del legislador a los Tribunales.

En cuanto a jurisprudencia, se cita, entre otras, la sentencia de 5 de abril de 1966, en cuyo considerando segundo se lee que «por 'orden público' hay que entender aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y una época determinados».

El estudio, ya en concreto, del orden público y su incidencia sobre el divorcio vincular comienza con el análisis del principio de indisolubilidad

del matrimonio en España en su perspectiva histórica: han existido luchas por el predominio del matrimonio civil o el canónico plasmadas en los diversos periodos legislativos, pero en sus diversas regulaciones es observable una constante solamente alterada en el periodo 1932-1936: la visión indisoluble del vínculo matrimonial. (Y, por supuesto, se hace un estudio de la evolución legislativa desde el Concilio de Trento hasta llegar a la normativa actual: art. 52 del Código civil, Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, arts. 104 y 73 del Código civil y art. 22 del Fuero de los Españoles).

Los grandes temas del orden público son, según SAVATIER, la vida, la libertad, la propiedad y el matrimonio, e *in re matrimonianti*, el principio asume una particularísima importancia: la ley, la jurisprudencia y la doctrina en España son unánimes: la indisolubilidad del vínculo es de orden público.

Ahora bien, como ya aludíamos, se presenta la cuestión de si la excepción de orden público debe extenderse a todos los casos, ámbito interno e internacional, civil o concordatario, sean nacionales o extranjeros los cónyuges, o si junto a una aplicación absoluta, cabe una aplicación atenuada, atendiendo a aquellas circunstancias y a sus diferentes efectos, directos o reflejos, en un plano de elasticidad. El autor va distinguiendo sucesivamente:

A) DECLARACION DE DIVORCIO VINCULAR POR JUECES NACIONALES ESPAÑOLES

a) *Matrimonio de españoles*.—Es tan claro que es absolutamente imposible tal declaración, que ni siquiera se ha pretendido vez alguna.

b) *Matrimonio de extranjeros*.—No admitida por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1970, y anteriormente, por la de 23 de febrero de 1944.

c) *Matrimonio entre extranjero y nacional*.—Es absolutamente prohibida por las mismas razones de orden público. Si en este caso hubiese sido dictada sentencia de divorcio en el extranjero y el cónyuge español quisiera obtener el divorcio en España, lo único que los Tribunales canónicos o civiles podrían decretar sería la separación perpetua de cuerpos o la conversión de la sentencia extranjera de divorcio en sentencia de separación, y esta solución, a juicio de NAVARRO VALLS, sería técnicamente muy discutible.

B) SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO

1.º EFECTOS DIRECTOS

El efecto directo material más importante de la sentencia de divorcio es extinguir íntegramente el complejo de derechos y de deberes fundamentales que estructuran la situación jurídica matrimonial, y cuya extinción produce la primordial consecuencia de liberar a las partes del vínculo conyugal, con posibilidad de nuevo matrimonio de cualquiera de ellos con tercera persona.

Nuestro sistema de separación de cuerpos suprime simplemente el deber de cohabitación y sustituye el de socorro mutuo por la prestación de alimentos, pero mantiene intactos el vínculo y el deber de fidelidad.

Es claro que, por principio, no pueden admitir nuestros Tribunales el reconocimiento del efecto directo de disolución del vínculo y nuevo matrimonio. Ahora bien, pueden admitirse las siguientes hipótesis:

a) *Nuevas nupcias de nacionales divorciados en el extranjero.*—En el Derecho comparado existe la posibilidad de admitir esta especie de divorcio aun en contra de la ley nacional prohibitiva del mismo, tendencia observable no sólo en los países del *common law*, sino también en otros tradicionalmente respetuosos del estatuto personal, y en este sentido se citan la sentencia Miralles, del Tribunal de Apelación de Argel; la sentencia Bisbal, de la Corte de Casación francesa de 12 de marzo de 1959, en favor de la ley del domicilio, y en Bélgica, la Ley de 27 de junio de 1960. En nuestro país, sin embargo, es absoluta la inadmisibilidad de estos divorcios (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1962, 25 de septiembre de 1963 y 23 de octubre de 1965, y anteriormente, la de 12 de marzo de 1942).

b) *Nuevas nupcias en España de extranjeros divorciados con arreglo a su ley nacional.*—Pretensiones de esta índole han sido frecuentemente presentadas ante los jueces españoles, a diferencia de las anteriores, tal vez porque se entendía que la excepción de orden público atenuaría en estos casos su intensidad; sin embargo, nuestra jurisprudencia ha seguido considerando tales pretensiones absolutamente opuestas al orden público: sólo la Resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de octubre de 1930 admitió su posibilidad, luego reiteradamente denegada (15 de febrero de 1941, 10 de enero de 1949, 26 de marzo de 1951, 3 de octubre de 1952, 10 de agosto de 1961 y 23 de abril de 1970), «por rozar el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse de orden público». Se explican los distintos supuestos de hecho de las referidas sentencias.

La doctrina, en cambio, no es unánime en esta cuestión, y algunos, como PERE RALUY y MEDINA ORTEGA, abogan por la posibilidad de que se admitan tales divorcios.

c) *Nuevas nupcias en el extranjero de nacionales con divorciados extranjeros.*—Tampoco son admisibles en nuestro Derecho (sentencias de 12 de marzo de 1944 y 29 de mayo de 1970) por el doble motivo de orden público, origen extraterritorial y afectación a un nacional.

Una interesante desviación de esta doctrina es la sentada por la resolución de 27 de junio de 1969 sobre consulta de inscribibilidad de un matrimonio de súbdito español, celebrado en forma civil alemana, con una alemana divorciada de anterior matrimonio civil, siendo ambos contrayentes aconfesionales: la Dirección afirmó su validez, pero haciendo constar la no validez en el supuesto de que el divorcio vincular de la alemana se hubiese referido a un matrimonio canónico.

2.º EFECTOS INDIRECTOS Y REFLEJOS

a) *En materia de filiación.*—De acuerdo con las tendencias favorables a la equiparación de filiaciones se admite un claro efecto reflejo de las sentencias extranjeras de divorcio, declarándose naturales los hijos habidos por divorciados extranjeros con solteros, aunque sean españoles (resoluciones de 23 de abril de 1970 y 7 de agosto de 1970). Se comenta también la de 25 de enero de 1969 sobre naturaleza del hijo habido, con posterioridad al divorcio, por divorciado con arreglo a la ley republicana, y las de 3 de marzo de 1944 y 12 de enero de 1963 sobre la legitimidad de los hijos putativos del artículo 69 del Código civil.

b) *En limitaciones de obrar de la mujer casada.*—No conociéndose sentencias o resoluciones en la materia, el autor aborda la cuestión doctrinalmente y se muestra, tras analizar en términos generales la limitación

de obrar de la mujer por razón de matrimonio y los supuestos de separación de derecho y de hecho, claramente partidario de atribuir plena eficacia a la sentencia extranjera de divorcio a efectos de liberar a la mujer de la *auctoritas* marital, pero no por el medio, tan discutible procesalmente, de convertir a dicha sentencia extranjera en separación de cuerpos y bienes, sino por el puro y simple medio de considerar a la sentencia extranjera como una cuestión de hecho, posibilidad favorecida por la corriente doctrinal en pro de la mujer en general, y en los supuestos de separación de hecho en particular.

c) *Efectos reflejos en la nacionalidad*.—La resolución de 26 de marzo de 1951 asimiló la sentencia extranjera de divorcio vincular a un supuesto de disolución, a los efectos del artículo 22, anterior a la Ley de 15 de julio de 1954, actualmente artículo 25, admitiendo la posibilidad de que la mujer española de origen divorciada en el extranjero recupere la nacionalidad española, posibilidad plenamente apoyada por NAVARRO VALLS, si bien discrepa de la ortodoxia técnica de tal asimilación.

d) *Delitos contra el estado civil de las personas*.—Los delitos de bigamia (art. 471 del Código penal) y de matrimonio celebrado bajo impedimento dirimente no dispensable (art. 472), cuya punición completan los artículos 478 del Código penal, respecto del Juez autorizante, y 333 y 335 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, respecto de su ámbito, pueden declararse inexistentes si existe una previa sentencia extranjera de divorcio (así, la resolución de 7 de abril de 1915) o atenuarse (esto, a juicio del autor, y doctrinal, aplicando simplemente el art. 565 y el juego del art. 61, 4.º, del Código penal).

e) *Efectos en el régimen económico matrimonial*.—La sentencia de 13 de marzo de 1969 admitió la disolución de la sociedad de gananciales, como efectos secundarios de una sentencia extranjera de divorcio. Y también la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 21 de julio de 1956.

f) *En alteraciones del estado civil*.—Junto a los estados civiles comúnmente admitidos de soltero, casado, viudo, bínubo y separado legalmente, PERE RALUY entiende como admisible en nuestra legislación el de divorciado, ya que hay divorciados españoles según la Ley de 1932, también según la excepción canónica del privilegio paulino y del petrino y, además, pueden válidamente divorciarse también los saharauis indígenas según su legislación coránica. Para el autor resulta, sin embargo, desmesurado hablar de un estado de divorciado en nuestro Derecho.

Pero centrado el tema en la situación del divorciado en virtud de sentencia extranjera, nuestra jurisprudencia habla de considerarle como «no casado» a efectos indirectos, siendo claro que no puede considerarse tal situación como un estado civil de divorciado, sino de casado, dada la naturaleza inescindible y absoluta que la noción de estado civil comporta.

g) *En materia de sucesiones*.—En contra de la sentencia de 12 de marzo de 1942, la de 13 de marzo de 1969 concedió el efecto de suspender los derechos sucesorios del cónyuge viudo previamente declarado divorciado en el extranjero.

Y de todas formas, el divorcio vincular obtenido en el extranjero por un cónyuge puede servir de prueba de abandono del hogar a efectos de desheredación, según el artículo 855 y su remisión al 105 del Código civil.

CAPÍTULO TERCERO

La indisolubilidad del matrimonio canónico y la sentencia extranjera de divorcio

A) LA INDISOLUBILIDAD

a) *Es una propiedad natural de todo matrimonio.*—Se proporciona una panorámica de argumentos sociológicos, éticos, jurídicos, de Derecho natural, civil y canónico, y religiosos en favor de este principio, que persigue el bien de los propios esposos, de la prole y de la sociedad en general.

b) *En el matrimonio entre cristianos, la indisolubilidad (canon 1.012 al 1.018 del Codex) se refuerza especialmente por las siguientes notas:*

- *Sacramentalidad:* Tal y como se enuncia en el canon 1.012 del *Codex*, producto de una triple aportación, la de patristica, que sentó las bases morales de dicha nota; la de escolástica, que pensó sus fundamentos teológicos, y la de los decretistas y decretalistas, que aportaron los esquemas jurídicos.
- *Consumación:* Que es la que presta a la indisolubilidad la plenitud de su firmeza y es base de la distinción entre matrimonio natural, rato y rato y consumado.

Se exponen las doctrinas canonistas «revisionistas» del principio de indisolubilidad del matrimonio rato y consumado, singularmente la de BERNHARD, con base en GERHARTZ, para quien el concepto de «consumación» no se reduce a la estrictamente carnal, sino que se finaliza por la consecución de una comunidad profunda «existencial y en la fe». Y se contraponen las más recientes posiciones doctrinales en la materia, plenamente favorables a la indisolubilidad (SOUTO, SALDÓN, RINCÓN, TEJERO, CLOUCET, NAVARRETE, GERPE, SANTOS ABRIL y el proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, que en su canon 72, 2.º, reafirma dicho principio).

Aquellas doctrinas revisionistas adolecen de un defecto de base: intentar construir el principio desde un prisma exclusivamente sociológico, cuando en realidad la técnica sociológica lo único que nos indicará es cómo, de hecho, viven los casados de un determinado modo social sus compromisos matrimoniales, nunca cómo es el matrimonio en sí mismo (Souto).

c) *Excepciones al principio de indisolubilidad:*

1.ª Disolución del matrimonio rato no consumado por ejercicio por el Sumo Pontífice de la potestad vicaria (cánones 1.118 y 1.119); potestad si bien no muy explicada en cuanto a su *ratio*, sí clara en cuanto a su modo y frecuentemente utilizada.

Supuesta la inconsumación, los casos contemplados en el canon 1.119 son dos: uno, la disolución por profesión solemne religiosa (se comenta este concepto de profesión religiosa), y otro, por dispensa de la Sede Apostólica, previa justa causa (Decreto Catholica Doctrina) (se comentan los conceptos justa causa y su tramitación y efectos). Citas bibliográficas abundantes.

2.ª Disolución del matrimonio legítimo consumado (que carece de sacramentalidad):

Cabe la disolución en virtud de los dos privilegios, paulino y petrino, en

base al denominado «favor *fidei*», concepto poco definido, que NAVARRO VALLS analiza.

El privilegio paulino, que tiene su origen en la *Carta a los Corintios*, VII, I, 12, 15, viene sancionado por el canon 1.120, que dispone: «El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio paulino.»

El privilegio se estudia con relativo detenimiento, prefiriendo el autor seguir a LÓPEZ ALARCÓN, para el que son tres los requisitos que deben concurrir: 1) matrimonio entre infieles, 2) bautismo de uno de ellos y 3) separación del infiel, extremos todos que se analizan meticulosamente.

El privilegio petrino, llamado así por HALSTEIN, porque dimana de la potestad de las llaves concedida por Jesucristo al apóstol Pedro, tiene su origen en diversas constituciones pontificias (*Altitudo*, de Pablo III, de 1537; *Romani Pontificis*, de Pío V, de 1571, y *Populis*, de Gregorio XIII, de 1585), que han fundamentado la *praxis* papal de disolver matrimonios contraídos entre una persona bautizada y otra que no lo está, y también entre dos infieles, sin concurrir las circunstancias del privilegio paulino (infieles polígamos que no recuerdan cuál fue su primera mujer, infieles separados por las circunstancias de sus esposas sin que puedan comunicar con ellas, infiel con acatólico bautizado, infiel y cónyuge católico casados con dispensa del impedimento de disparidad de cultos...).

B) LA INDISOLUBILIDAD Y LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO CANONICO

ESMEIN señala tres etapas por las que ha pasado la competencia de la Iglesia sobre las causas matrimoniales entre bautizados: una, primitiva, de coexistencia con el derecho secular; otra, segunda, en la que la legislación canónica desplaza a la secular (se inicia en el siglo X), atribuyendo a su competencia las cuestiones sobre existencia o inexistencia, validez o invalidez, separación de cuerpos, separación de bienes, relaciones pecuniarias entre los cónyuges, de legitimidad de los hijos y delitos de adulterio, bigamia, amancebamiento..., estando, en resumen, el Derecho de familia dominado por la Iglesia, y, por fin, otra, tercera, etapa se esboza ya en el siglo XIII, en la Escolástica, y se precipita tras la doctrina antisacramentaria de LUTERO, desde la Ley holandesa de 1580 hasta la Revolución francesa) de secularización.

Se estudia esa evolución hasta llegar a la formulación del canon 1.016 del *Codex*: «El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el Derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.» A raíz de este precepto se comenta la doctrina de los efectos separables del matrimonio (dote, donaciones nupciales, derechos sucesorios, bienes y privilegios civiles, etc....).

Y se examinan, antes de abordar el tema en el Derecho español, diversos concordatos no vigentes (Austria, 1853; Wurtemberg, 1857, y Yugoslavia, 1936) o vigentes (República Dominicana, 1954, y Portugal, 1940), en los que la Iglesia ha renunciado en ocasiones a su competencia sobre algunos efectos *naturalmente* inseparables del matrimonio canónico, pero no esencialmente inseparables (derechos y deberes de los cónyuges, régimen de filiación legítima, ciertos derechos dimanantes de la patria potestad), y a las causas de separación, que vienen atribuidas a la jurisdicción civil en la mayoría de los concordatos, salvaguardando siempre la competencia de lo esencial: la indisolubilidad del vínculo.

Mención aparte merece el análisis de la cuestión en el Concordato italiano y la Ley Fortuna-Baslini, que se hace cuasimonográficamente (páginas 194 a 214), con abundante precisión legislativa, jurisprudencial, inter-

pretativa y doctrinal. Como breve resumen de su contenido diremos que se desmenuza la exposición de los Pactos de Letrán de 1929, el artículo 34 del Concordato y el artículo 7 de la Constitución italiana; la gestación y promulgación de la Ley Fortuna-Baslini de 1 de diciembre de 1970; las interpretaciones de la doctrina italiana sobre el artículo 34 en relación con la indisolubilidad del matrimonio, en las dos direcciones de que la Ley Fortuna incumple o no el Concordato y la Constitución; interpretaciones y notas del Gobierno italiano y de la Corte Constitucional italiana, e interpretación de la Santa Sede.

En dicha última referida interpretación se hace la más reciente y expresa enumeración de los efectos meramente civiles del matrimonio canónico: la determinación de los derechos y deberes de los cónyuges, la filiación, los derechos de los padres para con los hijos y viceversa, el parentesco y las relaciones patrimoniales.

C) EL ORDEN CANONICO MATRIMONIAL Y EL DERECHO ESPAÑOL

NAVARRO VALLS dedica previamente unas interesantes páginas al examen de las figuras del Derecho internacional del reenvío material, del reenvío formal, de la recepción, del presupuesto y de la eliminación de obstáculos—todo ello en presencia de la más distinguida doctrina italiana, SANTI ROMANO, VASALLI, CARUSI...—y su posible aplicación al Derecho canónico. Son interesantes las teorías que fundamentan la aplicación del referido Derecho en lo civil, en virtud de la libertad religiosa, y también la del reenvío mediato, de GRASSI.

Tras una breve reseña histórica desde el siglo XVI, con alusión a la polémica entre SÁNCHEZ ROMÁN y FUENMAYOR y la Constitución de 1869, hasta la Reforma de 1958 y el Concordato de 1953, se examina el Derecho vigente y, en concreto, los artículos 42, 75, 76 y 80 del Código civil.

La recepción del Derecho canónico se intenta explicar doctrinalmente de formas diversas, que se inspiran en las italianas antes citadas: después de la Reforma de 1958, la mayoría de los autores se deciden por la tesis del reenvío formal, que se produce cuando el ordenamiento jurídico remitente, aun tratándose de una materia que él mismo podría regular, quiere limitar su competencia legislativa excluyendo la materia misma de aquellas que constituyen el objeto de la propia competencia y reconociéndola a otra entidad originaria, de modo que las normas de esta última vengan a adquirir alguna eficacia para el propio ordenamiento no como normas suyas, sino como leyes extrañas a él.

El autor, que tiene la elegancia de confesar que en su precedente monografía, sobre *La licencia en la enajenación canónica y el Derecho español*, publicada en «Ius Canonicum», 1970, páginas 364 y siguientes, defendió erróneamente la tesis de la recepción en bloque, se muestra partidario de la tesis del reenvío mediato o personal, según la que son los actos jurídicos, no las normas, de los ciudadanos realizados en el seno del Derecho canónico, los que son incorporados con eficacia civil en el ordenamiento estatal, según el artículo 76, en relación con el 42, del Código civil, «incorporación que se produce con todos los caracteres esenciales que al tipo negocial válidamente concluido según las normas eclesiásticas le son propias, lo que hace posible y explica el porqué de las posibles discordancias civil-canónicas que se observan en nuestro sistema matrimonial, a la vez que justifica la regulación por el Estado de aquellos efectos derivados del acto negocial canónico que no supongan caracteres esenciales del mismo».

Estos límites de operatividad del ordenamiento canónico en el civil se estudian a continuación, como previos a la comprensión de la posible pro-

ducción de efectos indirectos de la sentencia extranjera de divorcio de matrimonios canónicos.

1) *Límites en la regulación eclesiástica de los efectos civiles del matrimonio.*—Tras un examen de la distinción consagrada entre matrimonio *in fieri*, de exclusiva competencia de la Iglesia, y matrimonio *in facto esse*, siguiendo a LÓPEZ ALARCÓN, y de los elementos que integran el segundo, a saber, vínculo, situación jurídica de múltiple y variado contenido y cohabitación, de los cuales sólo el primero se reserva la Iglesia por principio, se examina el desarrollo positivo de los efectos *mere civilis* en nuestro Código (cap. I, tit. IV, del libro I, referente a disposiciones generales, y el tit. V del libro I, referente a filiación, etc...), sobre la base de la garantía que la Iglesia recibe del Estado al reconocer éste sus normas peculiares acerca de la validez del matrimonio canónico y sus propiedades esenciales perfiladas en el matrimonio *in fieri* y en el vínculo que sustenta el matrimonio *in facto esse*: aquélla autolimita su originaria competencia sobre ciertos efectos civiles de carácter secundario en la mente de la Santa Sede en el momento del Concordato.

2) *Límites derivados del principio de tolerancia y libertad religiosas: el matrimonio civil de apóstatas.*—Si bien los matrimonios de apóstatas no son considerados como legítimos por el *Codex*, en nuestro ordenamiento han sido posibilitados por la reforma del artículo 245 del Reglamento del Registro Civil introducida por el Decreto de 22 de marzo de 1969, en aplicación de lo preceptuado por la Ley de 29 de junio de 1967 sobre el ejercicio del derecho civil de la libertad en materia religiosa.

Esta reforma, atacada por PERE RALUY, ha sido explicada por diversas posturas doctrinales que se estudian, destacando la que encuentra su fundamento en el propio Vaticano II.

3) *Límites del artículo 51 del Código civil.*—Sin necesidad de recurrir a los supuestos de divorcio derivados de la Ley de 1932, en el sistema actual cabe, según NAVARRO VALLS, que un ciudadano español, previa declaración de no profesión de la religión católica, contraiga matrimonio civil y posteriormente otro canónico dado el carácter de simple concubinato que dicha unión primera tiene para la Iglesia católica: surge entonces una clara incompatibilidad entre los artículos 75 y 76 del Código civil, por una parte, y el artículo 51 del mismo, por otra, pues si bien los dos primeros reciben la legislación de la Iglesia, el segundo implica la consideración del matrimonio canónico celebrado en segundo término como una especie de bigamia, careciendo totalmente de validez y de eficacia.

El autor expone la teoría de LALAGUNA intentando coordinar ambos preceptos sobre la base de una doble distinción entre validez y eficacia, y dentro de ésta, entre una eficacia actual (matrimonio inscrito) y otra eficacia virtual (matrimonio canónico): el artículo 51 se refiere a la eficacia actual; el 75, a la virtual, que se «actualizará» a la disolución del matrimonio civil primeramente celebrado, admitiendo incluso la posibilidad de que los hijos del segundo matrimonio sean llamados a la sucesión intestada del cónyuge bínubo (postura que nos parece un tanto desorbitada).

D) SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO VINCULAR SOBRE MATRIMONIOS CANONICOS

Antes de ver cómo el orden público juega reforzadamente en el matrimonio canónico y, por tanto, cómo la posibilidad de admisión de efectos indirectos de las sentencias extranjeras de divorcio vincular de matrimonio canónico necesita una especial justificación, NAVARRO VALLS analiza críti-

camente las pocas opiniones doctrinales favorables, en España, a la introducción del divorcio, opiniones que son escasas y propuestas incidentalmente y como de pasada, «adoleciendo de falta de previsión de las consecuencias de futuro que su aceptación podría acarrear en el terreno de la dinámica jurídica, sobre todo tratándose de un instituto tan sumamente delicado como es el divorcio, al que con razón se ha calificado de 'experimento sin retorno'».

Entre dichas opiniones se estudian la de PORTERO, que entiende como fórmula más viable, en congruencia con la deseable *libertas Ecclesiae* del Vaticano II, la total inadmisibilidad del divorcio, el reconocimiento del derecho al mismo para los que hayan contraído matrimonio civil y el respeto de la legislación de cada confesión religiosa sobre disolución del vínculo, y la de ALEMANY, que piensa que nuestra ley civil debe admitir y regular el divorcio en lo que al matrimonio civil concierne, aunque restringido a unas causas muy determinadas, y que la separación de cuerpos, de la clase que sea, por mutuo consentimiento o contenciosa, pueda ser convertida en divorcio una vez transcurrido cierto tiempo, debiendo continuar siendo indisoluble el matrimonio canónico, que podrá contraerse facultativamente por los ciudadanos.

NAVARRO VALLS argumenta en contra adecuadamente: así, contra PORTERO, que no se puede admitir la identificación entre «creencia» y «derecho»; que su tesis, de ser admitida, podría dar lugar a una clara posibilidad de fraude de la ley a través del cambio de religiones, amén de la distorsión de todo nuestro Derecho de familia y de la conculcación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, ya que los católicos no podrían divorciarse, y frente a ALEMANY, que difícilmente una ley de divorcio no acaba en costumbre. Todo ello en presencia de la mejor doctrina, tanto nacional como extranjera, siendo muy interesantes las notas en cuanto a Inglaterra, Italia, Rusia y Rumania.

Centrado el tema en las sentencias extranjeras de divorcio, el autor refuerza la imposibilidad de declaración en España de divorcio sobre matrimonios canónicos y la inadmisibilidad de efectos directos de aquellas sentencias extranjeras afectantes a dichos matrimonios, poniendo de relieve el diferente juego del concepto de orden público en lo civil y en lo eclesiástico: en lo civil, el concepto aparece como esencialmente político, humano y contingente, susceptible por su propia naturaleza de variación y transformación no solamente de Estado a Estado, sino también dentro de una misma unidad nacional en distintos momentos de su historia; para el Derecho canónico, por el contrario, el concepto adquiere matices esencialmente dogmáticos, inmutables y sobrenaturales, sin posibilidad de variación histórica. El orden público civil es modelable por los Tribunales y no así el canónico, en el que aparece como un límite definido en la labor creadora del Derecho. El orden público civil, según FINOCCHIARO, lleva directamente al mantenimiento de la unidad familiar y la defensa de su estabilidad; por el contrario, el orden público canónico se dirige directamente al mantenimiento de la validez del vínculo, y tan sólo a través de esta vía, indirectamente, a la defensa de aquellos otros fines.

Se produce, pues, un «reforzamiento» del orden público, que se analiza con detenimiento en presencia de la jurisprudencia (resoluciones de 27 de junio de 1969 y 23 de abril de 1970) y de la ley (art. 2 de la Ley de 28 de junio de 1967).

Y el autor examina otras hipótesis, como si pueden los Tribunales civiles estudiar no ya la petición de divorcio vincular, sino la mera demanda de *exequatur* de sentencia extranjera de divorcio de matrimonio canónico, o deben inhibirse en favor de la jurisdicción eclesiástica, cuestión interesante, sobre todo teniendo en cuenta que el Derecho canónico no prevé un específico procedimiento de control de las sentencias civiles cuya ejecución eclesiástica se pretenda.

Y en cuanto a los efectos indirectos *mere civilis*, tales como los referentes a filiación, nacionalidad, régimen económico matrimonial y sucesorio, consecuencias penales derivadas de la comisión de delitos contra el estado civil de las personas, etc., que vimos admitía nuestra jurisprudencia civil como dimanantes de las sentencias extranjeras de divorcio, NAVARRO busca la especial justificación que su admisibilidad en el campo del Derecho canónico precisa, y pretende explicar la contradicción que su admisión por los Tribunales civiles implica respecto de la eficacia absoluta del matrimonio canónico reconocida por la recepción de aquél en nuestro Derecho, en presencia de las sentencias de 23 de abril de 1970 y las tesis doctrinales de LÓPEZ ALARCÓN y, sobre todo, de LALAGUNA respecto de «ineficacia relativa», y más personalmente, en la teoría elaborada por los internacionalistas sobre el efecto atenuado del orden público, y profundizando aún más en los conceptos de validez y eficacia concluye, *a sensu contrario*, que así como cabe que el matrimonio putativo, de construcción canonista, aun siendo inválido produzca una eficacia en los supuestos de buena fe, a la inversa, es posible que el matrimonio canónico, aunque válido, produzca una relación limitadamente ineficaz.

El libro, de 267 páginas, en la buena imprenta de Editorial Montecorvo, concluye con un interesante índice de autores.

GERARDO MURIEDAS

RUBIO Y GARCÍA MINA, J.: *Derecho cambiario*. Madrid, 1973.

En la segura, original e inteligente producción jurídica de Jesús RUBIO, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y hombre que tuvo su momento político al frente del difícil Ministerio de Educación Nacional (hoy también Ministerio de Ciencia), creo que éste es el tercer libro que traigo anotado para su recensión. Se trata de un estudio independiente de los otros, pero inevitablemente vinculado a eso que en su día constituirá su obra total sobre el Derecho mercantil.

La materia, el enfoque original de la misma y el hecho de haber sufrido ciertas modificaciones parte de los temas afrontados, hace de la publicación, que casi alcanza las 400 páginas, un tema candente y que exigía estudios especiales por los que están en las grandes cimas de este Derecho tan especializado.

A mí, singularmente, el tema me sigue atrayendo lo mismo que en mis años mozos de Universidad, donde a las sorpresas romanas del préstamo *ad pompam vel ostentationem*, se unían las civiles de la enfiteusis, los estados de necesidad procedentes del campo penal, la incipiente terminología administrativa sobre los bienes «demaniales», las declinatorias e inhibitorias procesales, y todo ello culminaba, en el plan universitario entonces vigente, con el estudio del Derecho Mercantil, y especialmente con la letra de cambio, en la que era difícilísimo descubrir la razón de aquella fórmula ritual de que «se servirá usted pagar por esta primera de cambio no habiéndolo hecho por la segunda ni tercera...».

Con el tiempo fui descubriendo lo de las primeras, segundas y terceras, y necesariamente tuve que penetrar en ese mundo mágico de los títulos-valores y de la temible amenaza que supone el acto formalista del protesto. Si alguna duda me quedaba, este libro que comento me la ha solucionado, al tiempo que me ha servido para fijar ideas y repasar conocimientos.

La estructura a que responde la exposición de la materia es la de exponer en una introducción extensa la teoría general de los títulos valores, para luego en diez capítulos ir desarrollando el minucioso estudio de la letra de cambio a través de su evolución, su concepto, los créditos documentados, la aceptación, la forma de la letra, los medios legales para su circulación, el aval, el pago, el protesto y el regreso cambiario. Todo ello viene completado por un índice de textos legales, otro de jurisprudencia y un índice sistemático, que ayudan al lector en el manejo del libro. Con el respeto acostumbrado en estas recensiones vamos a limitarnos a seguir este itinerario marcado por el autor:

I. *Introducción*.—Como ya hemos apuntado, esta primera parte de la obra se destina al examen de lo que la técnica moderna denomina títulos-valores, cuyos ejes de justificación existencial están en la producción y la distribución de bienes, apoyándose la última en la circulación de los mismos. Para facilitar y asegurar esa circulación de los derechos de crédito se crea el título valor, cuya representación documental ofrece, respecto de la tradición en materia de bienes muebles, las ventajas de representar un sistema mucho más preciso e identificador.

Aparte del problema de la legitimación, que, como consecuencia de la creación del título-valor, se basa en una presunción de titularidad, examina el autor la nota más discutida de esta figura: la incorporación del Derecho al título. Expone las teorías de la mera detentación (SIEGEL), la de la posesión de mala fe (KUNTZE), la de la posesión de buena fe (GRUNHUT, JACOB) y la teoría de la propiedad (GOLDSCHMIDT), concluyendo que es preciso rechazar la consideración del derecho de crédito documentado (incorporado) en un título-valor como derecho *propter rem*. La obligación *propter rem* se concibe como una obligación accesoria para completar, en ciertos casos particulares, el ejercicio socialmente más adecuado de un derecho real. En cambio, el título-valor existe para facilitar el ejercicio y la circulación de un derecho de crédito y, como en otros documentos, verbigracia, la escritura pública, identificar a su poseedor, servir como medio privilegiado de prueba y asegurar su realización.

Considera, por todo ello, el autor que sería preferible sustituir el término «incorporación» por el de *documentación*, ya que así se evitan los excesos que derivan del empleo equivoco de la metáfora y nos coloca en el camino, más estudiado y conocido, del Derecho común de la documentación de las relaciones privadas. Particular importancia tiene el examen de la calificación, que hace como «acto jurídico» de la documentación y de la obligación cartular en cuanto a su naturaleza, que pretende ser solucionada a través de las teorías contractuales o las unilaterales, las cuales se apoyan en la distinción entre el negocio fundamental, del cual nace el crédito que se documenta en el título-valor, y el negocio cartáceo, el que resulta de la documentación en el título. Para el autor existe una identidad de las obligaciones causal y cartular, lo cual lleva consigo negar la distinción entre un negocio causal y otro abstracto y la innecesidad de buscar una causa para el negocio cartular.

Destaca la poca precisión doctrinal en torno a la clasificación de la doctrina dominante, calificando las existentes como realmente insuficientes para comprender las diferentes variedades de títulos-valores. Sin perjuicio de destacar cómo en las últimas direcciones doctrinales se atiende a la distinción entre títulos de crédito o títulos-valores propiamente dichos, títulos de legitimación y contraseñas de legitimación, adopta aquella otra que se basa en una distinción apoyada en un doble aspecto esencial: por el sistema de legitimación, que afecta al aspecto activo del título-valor, y por la naturaleza de la obligación documentada, en relación con el aspecto pasivo.

Fundamentalmente, el estudio amplio recae sobre las tres conocidas clases de títulos: nominativos, a la orden y al portador, aparte de la distinción entre los títulos según la naturaleza del Derecho que documentan, los títulos de participación y los títulos en serie y los aislados. Debe ser un reto para el autor el estudio y encuadramiento sistemático de las nuevas figuras de «fondos de inversión inmobiliaria», tan necesitadas de regulación.

II. *Evolución histórica de la letra de cambio.*—A tres ciclos evolutivos o tres etapas de un ciclo de evolución simplifica el autor la materia. Sin perjuicio de hacer una serie de citas históricas—procedentes de los siglos XII y XIII—, es lo cierto que el origen seguro de la letra de cambio hay que situarlo en los siglos de la Baja Edad Media, cuando la incipiente economía capitalista aparece en la Europa occidental transformando las viejas estructuras agrarias y feudales.

Partiendo de esa idea primigenia va recorriendo las tres etapas dichas: el origen y su desarrollo, la etapa renacentista y moderna y la ciencia cambiaria y las Ordenanzas alemanas del siglo XIX. En esta trayectoria evolutiva va desmenuzando los temas del primitivo cambio manual y luego el trayecticio, el mecanismo de los pagos públicos, la documentación privada y los personajes de la letra de cambio, para luego pasar a la época de las ferias, los bancos, la usura, los requisitos de la provisión y aceptación, el mecanismo circulatorio del endoso, el protesto y la protección jurídica. En la última etapa destaca la aportación del «Derecho cambiario» de EINERT, la influencia que el mismo tiene en la Ordenanza de 1848, el Derecho cambiario alemán y la letra en la codificación francesa y española, terminando con el proceso unificador.

III. *Concepto y naturaleza. Excepciones.*—Respondiendo a la idea ya expuesta de la inexistencia de dos negocios, estima que no hay más que un solo contrato, el llamado por la doctrina negocio fundamental y un modo especial de circulación y tutela de ese crédito, consecuencia de haberse documentado en una letra de cambio. La letra de cambio está, desde el punto de vista estructural y de modo íntimamente ligado a la función de transmisión de créditos, articulada como una orden o autorización de pago, que puede asimilarse a la figura tradicional de la *delegación*.

Solucionada de esta forma la naturaleza y el concepto, entran en estudio las excepciones—aparte de examinar con anterioridad los vicios del consentimiento y la declaración cambiaria hecha por medio de otro—, que expone distinguiendo las que juegan entre partes y las que pueden oponerse frente a terceros, así como la posición del aceptante, la caducidad, la prescripción y los actos interruptivos.

IV. *Los créditos documentados.*—La estructura de la letra de cambio afecta a la documentación de dos créditos: el del tomador contra el librador, la valuta, y el del librador contra el librado, la provisión. Estas dos materias son examinadas por el autor. Si en el primer caso lo importante pueden ser los tipos de la cláusula, en el segundo se destaca la naturaleza de la provisión y las consecuencias que se derivan de su existencia, de su prueba y de los efectos. Se concluye el examen con el problema de la letra de favor.

V. *La aceptación.*—La letra—dice el autor—está concebida para documentar el crédito contra el librado, pero esto no ocurre hasta que suscribe el título, hasta el momento en que se convierte en aceptante. El rigor cambiario tiende a recaer técnicamente sobre el aceptante, como deudor regular de la letra. En cierto modo, se estima que los demás firmantes vienen a servir (entendida en términos amplios) una función de garantía.

De ahí que, en función de la aceptación, se estudien los requisitos de tiempo y forma que la misma debe contener, así como la clasificación de las letras por el carácter voluntario u obligatorio de su presentación. Con los efectos de la aceptación culmina este capítulo.

VI. *La forma de la letra de cambio.*—La naturaleza de la letra de cambio radia en su documentación, dotada de una doble consecuencia o característica: la jurídico-material de servir de índice de publicidad en el tráfico, y la jurídico-procesal de utilizarse como prueba preconstituida dotada de privilegio procesal ejecutivo.

Es claro que en esta materia se recorra la escala de todas y cada una de las circunstancias que debe reunir en sus exigencias legales y los problemas que presentan las letras en blanco e incompletas, la falsedad cambiaria y sus excepciones y la técnica de duplicados y copias, que hace comprender esa mención de primeras, segundas y terceras...

VII. *La circulación de la letra. El endoso.*—El endoso, para el autor, significa la sustitución en el *jussum* de la persona del endosante por la del endosatario. Es un acto de documentación. Acto de documentación que, unido a la entrega de la letra, constituye el sistema de legitimación para la circulación del título.

Configurado así el endoso se van estudiando cada uno de sus requisitos en relación con los elementos que entran en juego, la cláusula valor, la fórmula y la fecha, para luego recorrer los cuatro puntos cardinales que, como problemas tradicionales, se han planteado: el endoso en blanco, endoso sin mi responsabilidad, endoso a personas que figuran en la letra (de retorno y al aceptante) y la transmisión del crédito cambiario sin endoso.

VIII. *El aval.*—Además de los efectos de garantía genérica propios de la circulación cambiaria, puede recibir la letra la promesa de una o más personas que se comprometan a pagar, no ya como endosante o librador si otro obligado no paga, sino en lugar de otro obligado si el titular lo prefiere. En relación con esta figura se estudian sus antecedentes y los dos problemas cruciales que ofrece: la naturaleza y la forma.

Respecto de la naturaleza expone la doctrina tradicional (que supone un afianzamiento especial de índole cambiaria, pero de naturaleza accesorio y limitable dentro del género mercantil ordinario), la doctrina de la autonomía (en la que el avalista se obliga no al pago del avalado, sino de la letra) y la tesis de GARRIGUES como obligación accesorio.

En la forma se destacan los requisitos, el problema del aval en documento separado, el aval solidario, pluralidad de avales y efectos fundamentales que el mismo produce.

XIX. *El pago de la letra.*—El derecho de crédito, comienza por decir el autor, que la letra de cambio supone, tiene como finalidad última su realización: conseguir la prestación del deudor. Esa actividad limitativa del derecho real sobre el bien en favor del acreedor se produce aquí por el pago de la letra. Su valor económico descansa en la efectividad de la prestación; su valor jurídico, en su aptitud para facilitar y asegurar el pago.

Estructuralmente, la materia se escinde en el examen de los elementos de tiempo, lugar y persona que presentan; los elementos que entran en juego en el pago de la letra, tanto personales como temporales; objetivos y efectos que produce, y el problema de la renovación de la letra.

X. *El protesto.*—El protesto es una «carga» del tomador para la efectividad de sus ulteriores derechos o una especie de *conditio iuris*. El pro-

testo es un acto civil, no procesal. Es decir, no un acto encaminado a promover una actuación jurisdiccional, sino un presupuesto para el ejercicio de la acción cambiaria.

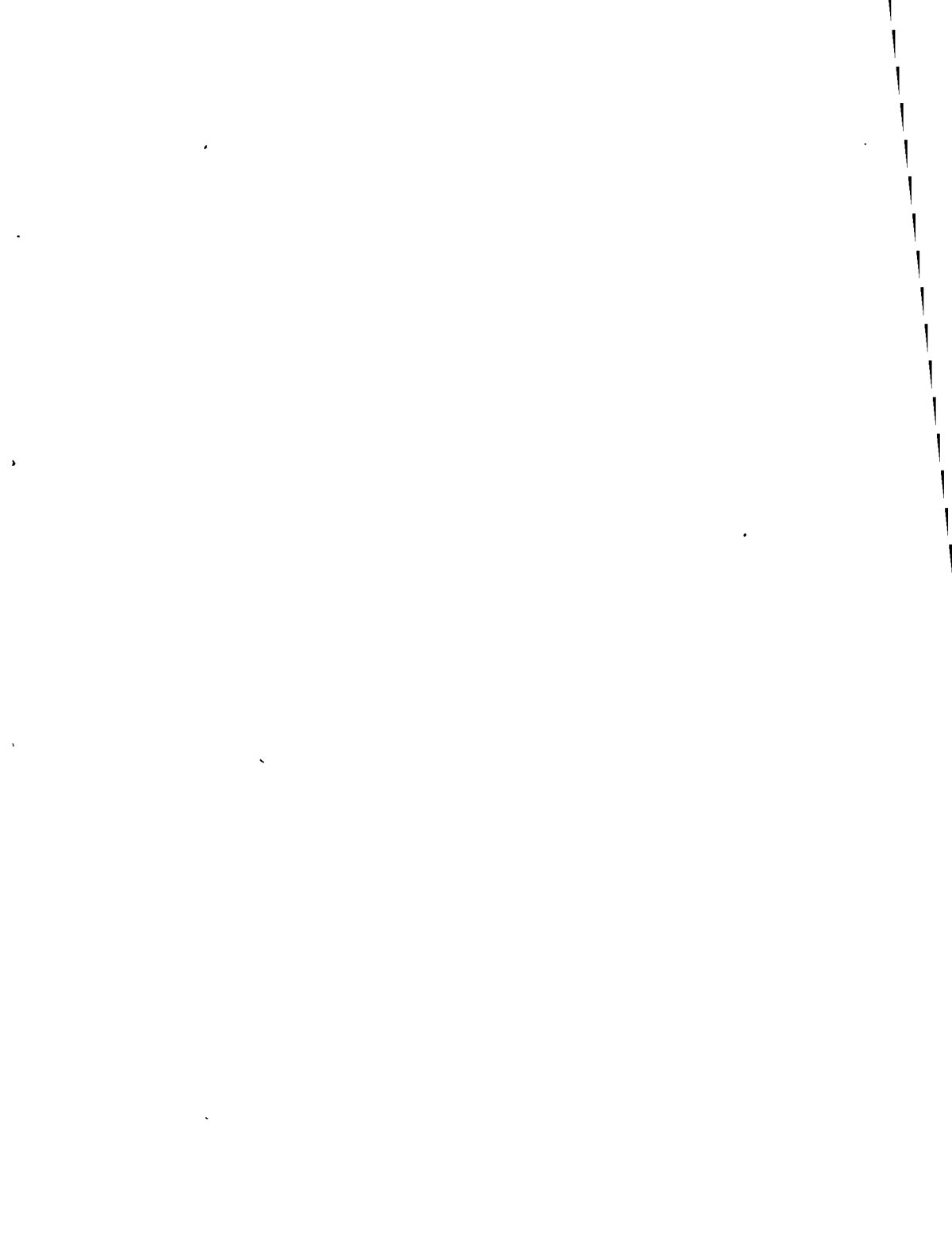
Recogiendo la reforma efectuada sobre este punto por la Ley de 22 de junio de 1967 y las diferentes clases, supuestos, diligencias, requisitos y efectos, expone la materia, que culmina con el estudio de la intervención y sus efectos.

XI. *El regreso*.—La función jurídica del regreso no significa más que la realización de las garantías asumidas por los firmantes del documento. Es una especie de manifestación de solidaridad cambiaria.

Brevemente se estudian las clases de regreso: por falta de aceptación y pago, los modos de ejercicio de la acción en forma judicial y extrajudicial, así como la letra de resaca y los problemas de la insolvencia y la quiebra.

Hemos omitido al comienzo que cada uno de los capítulos que hemos ido enumerando llevan una bibliografía al estilo de otras publicaciones del autor, y en la que se recogen no sólo las últimas novedades españolas sobre la materia, sino las obras puntales del Derecho extranjero.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ



REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre 1973

Notas y apuntes sobre el Derecho agrario en España, por Jaime Montero y García de Valdivia, páginas 727 a 754.

La deuda legal indemnizatoria en la vigente Ley de Caza, por Mariano Fernández Martín Granizo, páginas 755 a 808.

Actitud metodológica en la sistematización del Derecho agrario, por Mariano Alonso Pérez, págs. 809 a 826.

La responsabilidad civil frente a la administración pública, por Enrique Rivero Isern, págs. 827 a 848.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Julio-octubre 1973

La problemática de los modernos medios y entidades de financiación de la empresa, por Alvaro Cuervo, páginas 871 a 912.

Clases especiales de acciones y su problemática, por José María de la Cuesta Rute, págs. 913 a 982.

Tipos y cláusulas especiales en la financiación mediante emisión de obligaciones, por Luis de Angulo, páginas 983 a 1016.

La tributación de la riqueza mobiliaria y la financiación empresarial, por Julio Banacloche, págs. 1017 a 1042.

Naturaleza y régimen jurídico de las operaciones de «leasing», por José María Martín Oviedo, págs. 1043 a 1092.

El «factoring», por José L. Sánchez Fernández de Valderrama, páginas 1093 a 1116.

La entidades de financiación de ventas a plazos ante la administración financiera, por José María Curto de la Mano, págs. 1117 a 1158.

Problemas fiscales de las ventas a plazos, por Juan García Barbón Castañeda, págs. 1159 a 1172.

Las fuentes más recientes de financiación internacional eurodólares y eurobonos, por Julián García Vargas, págs. 1173 a 1222.

Las sociedades francesas de caución mutua y las agrupaciones profesionales para la emisión de empréstitos de obligaciones, por Jacques Carne Carnavalet, págs. 1223 a 1246.

Noviembre-diciembre 1973

La inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta del previo pago, por José Turpín Vargas, págs. 1377 a 1390.

Concepto de aparatos de tocador. Uso particular y uso profesional o industrial en el impuesto sobre el lujo, por José Arias Velasco, páginas 1391 a 1400.

Tributación por impuesto sobre las rentas del capital de los cánones de fuente española obtenidos por un residente de país con el que España tiene convenio. Aplicabilidad de los convenios si la liquidación se realiza en virtud de acta de la inspección, por Juan Otero Castelló, págs. 1401 a 1406.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Abril-septiembre 1973

Reflexiones sobre el régimen de «quorums» y mayorías en los órganos colegiados de la sociedad anónima, por Eduardo Polo, páginas 199 a 284.

El protocolo de Guatemala y el transporte aéreo internacional de pasajeros, por Ignacio Quintana Carlo, págs. 285 a 323.

Octubre-diciembre 1973

La política del derecho de patentes de los países en desarrollo y el Convenio de la Unión de París, por Hans Peter Kunz, págs. 437 a 456.

En torno a la fórmula legal de aceptación de la letra de cambio, por Juan Luis Iglesias Prada, páginas 457 a 496.

Notas sobre el remolque en la Ley de 24 de diciembre de 1962, por R. Bernabé García Luengo, páginas 497 a 527.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Enero-marzo 1973

La función social del Notario, por Luis Figa Faura, págs. 7 a 20.

La devaluación de la peseta ante el pago de deudas pecuniarias con cláusula «valor moneda extranjera», por José Bonet Correa, páginas 21 a 64.

Cibernética, Derecho y Registro de la Propiedad, por José María Chico Ortiz y Javier García-Valdecasas de la Cruz, págs. 65 a 116.

Extensión del derecho de viudedad aragonés, por José Luis Merino y Hernández, págs. 117 a 152.

Divorcio y separación en los países del Tratado de Montevideo, por Vicente L. Simo Santonja, páginas 153 a 257.

Abril-junio 1973

El estatuto de la mujer soltera o viuda en el Derecho privado español, por José Luis Álvarez Álvarez, páginas 7 a 354.

El documento notarial en Roma (un ensayo para su historia), por Roberto Mario Arata, págs. 355 a 374.

La función notarial en la Ley Orgánica y en la actualidad (conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valladolid el 25 de mayo de 1962), por José Antonio Molleda Fernández-Llamazares, págs. 375 a 410.

La Compilación del Derecho civil o Fuero Nuevo de Navarra; su incidencia en el Derecho civil y en la práctica notarial, por Javier Nagore Yarnoz, págs. 411 a 464.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Octubre-noviembre-diciembre 1973

Presupuestos de eficacia de la disciplina urbanística, por Tomás Ramón Fernández Rodríguez, páginas 13 a 28.

Las viviendas de protección oficial y el impuesto de actos jurídicos documentados, por José Menéndez Hernández, págs. 29 a 60.

Licencias y autorizaciones en precario para obras en edificios fuera de ordenación, por José Luis Castro Troncoso, págs. 61 a 80.

Propiedad, suelo y urbanismo, por Antonio Rosillo Herrero, págs. 81 a 101.

Enero-febrero 1974

Urbanismo y agricultura en Derecho francés, por Roger Saint-Allary, páginas 13 a 44.

Régimen jurídico de las licencias de edificación en zonas sujetas a reparcelación, por Francisco Perales Madueño, págs. 45 a 74.

Valoración de los terrenos aportados en la reparcelación, por Angel Ortega García, págs. 75 a 89.

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Julio-septiembre 1973

Análisis crítico de los programas de desarrollo agrario en el contexto del desarrollo regional durante los últimos treinta años, por Rafael Martínez Cortiña, págs. 17 a 48.

El desarrollo regional contra la sociedad rural. El neorruralismo como modo de vida, por Mario Gaviria Labarta, págs. 49 a 68.

Condicionantes y limitaciones en la planificación del desarrollo regional, por Manuel Martín Lobo, páginas 69 a 86.

La reforma de las estructuras agrarias y el desarrollo regional, por Leovigildo Garrido Egido, págs. 87 a 108.

Instrumentos y medidas regionales en el marco del III Plan de Desarrollo Económico y Social, por Fernando Fernández, págs. 109 a 126.

El crecimiento económico y la evolución del empleo, por Alfonso García Barbancho, págs. 127 a 144.

La agricultura en el desarrollo regional, por Jaime Lamo de Espinosa, páginas 145 a 151.

Octubre-diciembre 1973

El actual Derecho de caza en España, por Salvador Grau Fernández, páginas 7 a 32.

La banca privada y el financiamiento de ejidos, por Ramón Fernández y Fernández, págs. 33 a 56.

Financiación del sector agrario en España, por Félix V. López Palomero, págs. 57 a 74.

Nota sobre un nuevo método rápido de valoración, por Enrique Balles-tero, págs. 75 a 78.

Una contribución a los métodos estadísticos de valoración y su aplicación en el Levante español, por Vicente Caballero Mellado, páginas 79 a 92.

El futuro de la pequeña comunidad rural y el desarrollo plantificado, por Manuel García Ferrando, páginas 93 a 119.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Enero 1974

El fundamento moral del Derecho, por José María Martín Oviedo, páginas 7 a 42.

Una cuestión de seguridad jurídica: La corrección de errores, por Jesús Valdés y Menéndez Valdés, páginas 43 a 62.

Febrero 1974

El ingrediente motivo de la bifurcación del mundo jurídico-político, por Néstor Pedro Sagues, páginas 131 a 142.

Los delitos y faltas de caza en la nueva ordenación legal, por Francisco Lucas Gil, págs. 143 a 192.

Marzo 1974

Doctrina social de la Iglesia sobre la emigración, por Francisco Puy, páginas 247 a 278.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Diciembre 1973

El cumplimiento de las obligaciones, por Pedro Lumbreras Valiente, páginas 1122 a 1130.

Enero-febrero 1974

El cumplimiento de las obligaciones, por Pedro Lumbreras Valiente, páginas 2 a 32.

Marzo 1974

Obligación colegial de promover una política jurídica, por José María Martínez Val, págs. 178 a 183.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Julio-septiembre 1973

La adopción en Cataluña después de la Ley de 4 de julio de 1970, por María del Carmen Gete-Alonso y Pablo Salvador, págs. 499 a 536.

De la nacionalidad aragonesa a la regionalidad, por Jesús Lalinde Abadía, págs. 537 a 580.

El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Gregorio Garzón Clariana, págs. 581 a 616.

Apreciación de la capacidad mental del testador; la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, por Jesús María de Alfonso, págs. 617 a 654.

Octubre-diciembre 1973

La adopción en Cataluña después de la Ley de 4 de julio de 1970 (2.ª parte), por María del Carmen Gete-Alonso y Pablo Salvador, páginas 773 a 846.

Por un Derecho lingüístico comparado, por Guy Heraud, págs. 847 a 870.

El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2.ª parte), por Gregorio Garzón Clariana, páginas 871 a 920.

Problemi attuali del Diritto fallimentare italiano, por Piero Pajardo, páginas 921 a 935.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Enero 1974

Cuándo y cómo son legitimarios los padres y los demás ascendientes legítimos, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 3 a 16.

Reducción de la renta catastral, por Salvador Bernal Martín, páginas 17 a 27.

Febrero 1974

Defecto en la motivación y juicio de hecho en casación, por Renzo Provinciali, págs. 73 a 78.

La filiación extramatrimonial, por Luis Martínez-Calcerrada, páginas 79 a 108.

Marzo 1974

Condominio pro diviso o propiedad separada, por Manuel García Amigo, págs. 175 a 201.

La filiación extramatrimonial, por Luis Martínez-Calcerrada, páginas 202 a 220.

