

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLIX • Julio - Agosto 1973 • Núm. 497

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Excmo. Sr. D. Pío Cabanillas Gallas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchiz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. 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:

"Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil", por GABRIEL GARCÍA CANTERO	781
"Notas para una teoría general de la extinción de asientos registrales", por PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA	811
"Tratamiento fiscal de los excesos de adjudicación en las herencias", por GABRIEL HORTAL SÁNCHEZ	857

NOTAS:

"En torno a la formación del contrato (Comentarios a la obra de A. RAVAZZONI: "La formazione del contratto: I. Le fasi del procedimento"), por JOSÉ CERDÁ GIMENO	905
---	-----

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	957
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	975
2. Jurisprudencia procesal, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y JUAN MANUEL REY PORTOLÉS	1021
3. Jurisprudencia Contencioso - Administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1030
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	1037

LIBROS:

"La prueba de la simulación semiótica de los negocios jurídicos simulados", de MUÑOZ SABATÉ, por JULIO COLOMER SANCHO	1049
"La reducción del capital en Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada", de ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1055
"Tratado de Derecho Civil Español", tomo II, vol. 2.º, de FEDERICO PUIG PEÑA, por GERARDO MURIEDAS MAZORRA	1059
"Derecho Civil de Puerto Rico", tomo I, vol. I, de E. VÁZQUEZ BOTE, con la colaboración de FEDERICO PUIG PEÑA y ENRIQUE DE ANGULO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1066

REVISTAS	1071
---------------------------	------

ESTUDIOS

Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Criterios de clasificación*: 1. Por su régimen legal: legados típicos y atípicos.—2. Por la titularidad de la cosa legada: legado de cosas pertenecientes al patrimonio del testador y legado de cosas pertenecientes al patrimonio de un tercero.—3. Por su eficacia: legados de eficacia directa e indirecta.—4. Por su objeto: legados de eficacia real y de eficacia meramente obligatoria.—5. Por la individualización de su objeto: legados con objeto inicialmente determinado y susceptible de ulterior determinación.—6. Por la persona del onerado: el sublegado.—7. Por la influencia del tiempo en su cumplimiento: legados de cumplimiento instantáneo y de cumplimiento sucesivo.—III. *Criterio que se adopta*.—IV. *Legado de cosas que forman parte del patrimonio del testador*: 1. Legado de cuerpo cierto: A) Legado de la propiedad de cosas corporales determinadas. B) Legado de constitución de un derecho real. C) Legado de crédito. Legado de liberación. D) Legado de prestaciones periódicas o de tracto sucesivo.—2. Legado de cosa genérica.—3. Legado alternativo.—4. El *legatum debiti*.—V. *Legado de cosas que no forman parte del patrimonio del testador*: 1. En general.—2. En el Derecho comparado.—3. El legado de cosa ajena en el Código civil español.—4. Variedades del legado de cosa ajena.

I. INTRODUCCION

Nuestro Código civil dedica la sección 10, título 3, libro III, a la regulación «De las mandas y legados», utilizando una denominación que ya SÁNCHEZ ROMÁN denunciara como pleonástica. Si se le compara con los modelos, en cuanto a extensión, sus 34 artículos se asemejan más a la prolija reglamentación del Código civil portugués de 1867 que a la sumaria regulación de los 11 únicos artículos del *Code civil*; entre los modernos, el italiano vigente sólo dedica a la materia 25 preceptos,

el B.G.B. llega a 44 párrafos y el nuevo Código portugués sólo 32 artículos. Es de resaltar el encomiable propósito de nuestro legislador de dedicar a los legados una regulación autónoma, independizándola de la institución de heredero, cosa que no habían logrado hasta entonces ni el Código italiano de 1865 ni el portugués derogado. No hay que olvidar, sin embargo, que, como advirtió SÁNCHEZ ROMÁN, fuera de la *sedes materiae* vagan más de medio centenar de preceptos relativos a legados, a los que hay que añadir no pocas normas contenidas en la Ley Hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Formalmente, los artículos 858 y siguientes ofrecen abundante margen a la crítica. En vano se buscará en ellos una ordenación sistemática o, al menos, una idea directriz. Parece que nuestro legislador ha seguido un método empírico en la reglamentación de los diversos tipos de legado, alternando con ellos, como al descuido, normas de aplicación general (así, los arts. 865, 869, 881, 883, 885, etc.). Menos justificación tiene que se interrumpa el régimen de un tipo y que sea preciso «saltar» varios artículos para completarlo. La doctrina ha denunciado no pocos defectos de formulación; no cabe duda que el 865 se expresaría mejor de modo afirmativo; a veces, el legislador se contenta con simples remisiones abriendo no pocas interrogantes, como ocurre con los legados alternativos; hay legados meramente mencionados, como el remuneratorio, y otros con insuficiente normativa, como el de cantidad o el de deuda.

El régimen positivo de los legados en particular es, en nuestro Código, la decantación de una larga evolución, que tiene en el Derecho romano su punto de partida. Con rígido criterio formalista, la diversidad de efectos se vinculaba—en el Derecho antiguo y clásico—a la utilización de alguna de las cuatro fórmulas sacramentales del *legatum per vindicationem*, *legatum per damnationem*, *legatum sinendi modo* y *legatum per praeceptionem*. Como ha escrito GROSSO, los tipos de legado daban a la materia toda la sugestividad de una construcción geométrica. En esta rígida estructura formalista abrió la primera brecha el Senadoconsulto Neroniano ordenando que el legado que resultase nulo *vitiū verborum*—por inidoneidad de la fórmula empleada—se considerase válido, en todo caso, como legado *per damnationem*. Debe también considerarse como decisivo en este proceso espiritualizador del legado romano el desarrollo del fideicomiso, que alcanza obligatoriedad jurídica a partir de Augusto y que dará por resultado que el legado sin forma—que no otra cosa vino a ser el fideicomiso—llegara a tener idénticos efectos que el legado formal. La fusión entre legados y fideicomisos se produce cuando, de una parte, se exime al legado de las formas tradi-

cionales, al par que se sujeta el fideicomiso a ciertos requisitos para su validez. Constantino declara válido el legado, cualquiera que sea su forma, y prescribe para los fideicomisos la forma codicilar; Justiniano borrará las últimas huellas de la distinción, de modo que ya no perdurará más que una clase de disposiciones *mortis causa* a título singular, a las que indistintamente se denominará legados o fideicomisos.

Por contraste, en el Derecho moderno la validez del legado no se vincula al empleo de ninguna fórmula sacramental, y la variedad de efectos de cada tipo de legado depende, en general, de la diversidad del objeto legado.

Rige en esta materia la más amplia autonomía de la voluntad no sólo en el sentido de que el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o a título de legado (cfr. arts. 668-1 y 891 del Código civil), sino más específicamente en cuanto a la elección y determinación del objeto legado. Como dice OSSORIO, la amplia fórmula del artículo 865 debe entenderse en el sentido de que pueden ser objeto de legado todas las cosas y derechos, presentes y futuros, propios del testador e incluso ajenos, susceptibles de transmisión y apropiación, así como cualquier prestación lícita y posible; únicamente carecerá de efectos el legado —según los artículos 866-1 y 878-Í— si la cosa era propia del legatario al tiempo de otorgarse el testamento. Cabe concluir que, en virtud de la amplia autonomía reconocida a la voluntad del testador, podrá éste obtener de sus bienes el máximo provecho que hoy posibilitan las técnicas actuales de explotación de la riqueza adaptando el tipo de legado a las condiciones personales del beneficiario, dejando incluso a su elección el objeto de la disposición testamentaria a título singular (si utiliza el legado alternativo o el de opción); si la previsión del testador alcanza a tanto podrá tener en cuenta las alteraciones de valor de la moneda ordenando, por ejemplo, un legado de pensión o de alimentos con una cláusula de estabilización. A virtud de esta misma autonomía podrá el testador elegir cualquiera de los tipos que se regulan en los artículos 858 y siguientes o configurar un legado atípico; podrá ordenar asimismo una regulación divergente de la legal siempre que se trate de normas dispositivas.

II. CRITERIOS DE CLASIFICACION

Aunque algún autor, como DÍAZ CRUZ, renuncia al intento de clasificar los legados por la dificultad de encontrar un criterio homogéneo, no parece superfluo mencionar los criterios de clasificación más fecundos en consecuencias. Pueden así distinguirse:

1. Por su régimen legal, en *legados típicos y atípicos*. Los primeros son aquellos cuya regulación por el Código civil es completa; entran en esta categoría el legado de cosa específica y determinada propia del testador, el legado de cosa ajena y el legado de crédito. Pero no cabe duda que junto a ellos cabe colocar los legados atípicos, pues, en principio, como dice OSSORIO, cualquier atribución patrimonial *mortis causa* a título singular será válida como legado; así este autor menciona el *legatum in faciendo*, el de constitución de un derecho real limitado sobre cosa hereditaria, el de cosas que deben tomarse de determinado lugar (regulado, por ejemplo, en el art. 2.255 del nuevo Código civil portugués). Cabe mencionar, por último, legados nominados, pero no típicos, como el remuneratorio.

2. Por la titularidad de la cosa legada hay *legados de cosas pertenecientes al patrimonio del testador*, y otros, *de cosas pertenecientes al patrimonio de un tercero*.

SCUTO se ha ocupado con detenimiento de esta última categoría, justificando su reagrupamiento porque cuando la cosa no existe en el patrimonio del testador no se da una sucesión directa del legatario con relación a su causante, aunque sí puede hablarse de una sucesión en sentido económico. El gravado con este legado es un verdadero obligado, no un mero ejecutor, sino un verdadero cooperador, que compromete de ordinario su responsabilidad personal. A primera vista hay no poco de extraño en este legado de cosas, que no integran el patrimonio *testatoris*, pues parece natural que sólo pueda disponerse *mortis causa* de cosas propias. Sin embargo, como dice el autor citado, el testador dispone de la esfera jurídico-patrimonial de sus herederos o legatarios, pues, a cambio de lo que les da, dispone de lo que tienen y, dentro de ciertos límites, de su propia actividad.

3. Por razón de su eficacia se dividen en *legados de eficacia directa o inmediata* y *legados de eficacia indirecta o mediata*. Esta categoría no coincide exactamente con la anterior, pues si bien es cierto que los legados que no forman parte del as hereditario carecen de eficacia directa, no lo es la proposición inversa; en efecto, del legado genérico o alternativo de cosas pertenecientes al testador no surge un derecho inmediato para el legatario hasta la concentración o elección. En el Derecho moderno cabe afirmar con carácter general que el intento empírico del testador va encaminado a hacer adquirir la cosa o el derecho al legatario por el modo más rápido.

4. Por el objeto de la relación jurídica a que afectan, los legados de eficacia directa pueden ser de *eficacia real* o de *eficacia meramente*

obligatoria. En el Derecho romano, la eficacia real se vinculaba al legado *per vindicationem*, mientras que la fórmula de la *damnatio* permitía al testador imponer al heredero obligaciones de la más variada índole. En nuestro Código, la eficacia real se expresa en el artículo 882-1, que si bien contempla sólo el legado de cosa específica y determinada propia del testador, no impiden sus términos una prudente generalización. Con todo, la fórmula general es la de la eficacia meramente obligatoria, que se corrobora si se tiene en cuenta que todo legado origina una *actio ex testamento* de carácter personal, que sólo en ciertos casos se refuerza con una acción real.

5. Por la individualización de su objeto hay *legados con objeto inicialmente determinado* y *legados con objeto susceptible de ulterior determinación*. Pertenecen a esta última categoría el legado de género, el legado alternativo y el legado hecho a clases determinadas sin distribución de cantidad que regula el artículo 671 del Código civil. Esta categoría de legados sólo tienen, por regla general, eficacia indirecta o mediata. Pero esta clasificación no coincide con la establecida en el número 3, ya que el legado de un *corpus certum* que no forma parte del patrimonio del testador carece de eficacia directa pese a tener un objeto inicialmente determinado. Si la determinación de la cosa legada no se hace por el testador puede encomendarse al propio gravado, al legatario beneficiado o a un tercero. El legado de cosa absolutamente indeterminada (por ejemplo, de *genus sumum*) es nulo absolutamente.

6. En razón a la persona del onerado, dice el artículo 858 que el testador podrá gravar con mandas y legados no sólo a su heredero, sino también a los legatarios; estos últimos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado. El legado a cargo del legatario constituye la interesante figura del *sublegado*, denominación a la que se opone DE SIMONE por evocar la figura del subcontrato, que implica una relación de dependencia objetiva que aquí no se opera, tanto en el plano jurídico cuanto en el económico. Aunque ofrece analogía con el legado modal, se diferencia del mismo por implicar una atribución directa y autónoma y cuya validez es independiente de la del legado sobre la que grava; pero en el cumplimiento del sublegado, el onerado no queda obligado más allá del valor de su propio legado.

7. Por la influencia del tiempo en su ejecución hay *legados de cumplimiento instantáneo* o de tracto único y *legados de cumplimiento sucesivo* que se prolonga en el tiempo. El legado de cosa cierta y determinada, el de suma, el de constitución de un *ius in re aliena*, lo son de tracto único, pues el interés del legatario se agota *uno actu*; pero hay que ad-

vertir que el legado no deja de ser de tracto único por el hecho de que su cumplimiento se fraccione en el tiempo. En los legados de tracto sucesivo se trata de satisfacer un interés del legatario de carácter duradero: puede ser de ejecución continuada, si se trata de un interés permanente, o de ejecución reiterada, cuando el interés del legatario se presenta a intervalos fijos o variables; el legado de pensión y el de alimentos pertenecen a esta categoría.

III. CRITERIO QUE SE ADOPTA

En el presente estudio se adopta el criterio de clasificación que parece responder mejor a la lógica y a la naturaleza del acto de disposición *mortis causa*. Cabe suponer, en efecto, que el testador legará, en primer lugar, las cosas que forman parte de su patrimonio; en esta dirección, el legislador se ha fijado en el legado de cosas específicas y determinadas para hacerle objeto de una regulación especial, pero la palabra «cosa» del artículo 882 ha de entenderse en sentido equivalente a «bien» y, por tanto, este legado no ha de limitarse a las cosas corporales, sino que ha de comprender también las incorporeales, tanto derechos reales limitados como de crédito. Frente al legado de un *corpus certum* ofrece caracteres peculiares el legado genérico, al que se asemeja bajo ciertos aspectos el alternativo. Posición singular presenta el legado de deuda, el cual si bien pertenece al pasivo del patrimonio del testador, no deja de envolver cierta contradicción con la idea de liberalidad aneja inicialmente a todo legado. Frente a este grupo de legados—ciertamente, el más numeroso y frecuente—aparece el de cosas que no forman parte del patrimonio *testatoris*; la ley distingue en su regulación según se trate de cosas del heredero o del legatario gravados o de cosas de un tercero. Conviene advertir que casi todas las modalidades que se contemplan en el primer grupo pueden darse también aquí; caben así el legado de un crédito perteneciente a tercero, el legado alternativo de cosas pertenecientes a tercero, etc.

Prescindiendo en este ensayo de las determinaciones accesorias de la voluntad impuestas en el legado, del sublegado y de los casos-límite con la institución de heredero (legado de parte alícuota, institución *ex re certa* y distribución de toda la herencia en legados).

IV. LEGADO DE COSAS QUE FORMAN PARTE DEL PATRIMONIO DEL TESTADOR

Incluyo aquí como supuestos específicos los siguientes tipos de legados:

1. Legado de cuerpo cierto.
2. Legado de cosa genérica, legado de cantidad y legado de suma.
3. Legado alternativo.
4. *Legatum debiti*.

1. *Legado de cuerpo cierto*

Al referirse el artículo 882-1 a «cosa específica y determinada», hay que considerar aquí incluidos el legado de la propiedad de cosas corporales y el de la titularidad de otros derechos reales y de crédito, siempre que reúnan los requisitos generales exigidos al objeto de los legados.

A) Legado de la propiedad de cosas corporales determinadas.

Este legado corresponde por sus efectos al *legatum per vindicationem* del Derecho romano, es el más frecuente en la práctica por adecuarse al modo natural de proceder el testador. Aparece regulado en los Códigos con cierto detalle y a veces en forma destacada (así se le dedica el primer artículo en el Código italiano vigente), viniendo a ser el modelo de todos los legados típicos.

Dice el artículo 882-1 de nuestro Código civil: «Cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.»

La formulación de este precepto coincide sustancialmente con la del Proyecto de 1851, el cual se inspiró, al parecer, en el § 686 All. B.G.B. (pero este parágrafo, en cuanto a la adquisición de la propiedad, reenvía a los modos generales). Cabe destacar, por tanto, la originalidad de nuestro Código civil, a quien parece haber imitado el artículo 649-2 del Código civil italiano de 1942, cuyo tenor literal extiende el posible objeto de este legado a *altro diritto appartenente al testatore*.

No se introduce ninguna especial limitación en cuanto al objeto de este legado, pudiendo serlo cualquier clase de cosas siempre que sean específicas y determinadas; en este requisito legal hay cierta redun-

dancia y con acierto el Código civil italiano vigente sólo habla de «cosa determinada»; la cosa específica se define por oposición a la genérica, es decir, es la designada por sus caracteres propios, que la contradistinguen de todas las demás del mismo género; es el *corpus certum*, definido por LACRUZ como el plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna.

Suele invocarse en este punto la doctrina de la sentencia de 16 de abril de 1947, según la cual «la cláusula testamentaria del legado de cosa específica debe interpretarse de modo restrictivo»; pero, en mi opinión, tal doctrina va más lejos de lo efectivamente resuelto por la sentencia. Se trataba del legado de una dehesa, pretendiendo los legatarios—hijos adoptivos del testador—que aquél se extendía a otras fincas colindantes que habían sido adjudicadas al testador con anterioridad al otorgamiento del testamento, existiendo indicios de que éste las había considerado a todas como formando una sola finca. Se trataba de un problema de individualización del objeto y determinación del objeto legado; en este punto, como expresa BINDER, rige el principio de que al testador, y sólo a él, corresponde señalar el objeto de su disposición; para el intérprete será una *questio voluntatis*, y planteándose dudas sobre la determinación del objeto, la prueba incumbe al beneficiario, como también declaró dicha sentencia. Pero sin que, a mi parecer, pueda deducirse ningún criterio, ni restrictivo ni extensivo, en la interpretación de este tipo de legado.

Este legado tiene eficacia directa y real, sin perjuicio de la obligatoria común a todo tipo de legado. Como dice LACRUZ, el legatario adquiere *ipso iure* la propiedad de la cosa legada, de suerte que la titularidad pasa *recta vía* del causante al legatario, existiendo sucesión particular de aquél por éste sin mediación del heredero. A diferencia del B.G.B., observa ROCA SASTRE, no puede hablarse de ninguna pretensión a cargo del heredero dirigida a transferir la cosa del legatario; también, a diferencia del sistema austríaco, este legado es título para adquirir la propiedad sin necesidad de tradición, pues el artículo 609 no exige modo en la adquisición por sucesión testada.

Pero la adquisición *ipso iure* de la propiedad no entraña adquisición correlativa de la posesión, la cual, según el artículo 440 del Código civil, «se entenderá transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante», juntamente con la de los demás bienes del caudal hereditario. De modo coherente dispone el artículo 885 que «el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla». Para LACRUZ,

el mantenimiento de la unidad de posesión de la herencia obedece a una importante razón práctica: los legados, aun de cosa cierta, están subordinados al pago de las deudas y satisfacción de las legítimas, y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de una masa que, igual que en vida del causante, sirve de garantía a los acreedores, y especialmente a los legitimarios. Como observa DE LOS MOZOS, la cuestión no puede plantearse en el B.G.B., sino únicamente en los sistemas romanistas, como en el francés e italiano, e incluso en el nuevo Código portugués y en el filipino de 1949 por derivación inmediata de nuestro Código civil. Entiendo con el autor citado, y frente a VALLET DE GOYTISOLO, que el artículo 885 del Código civil es de orden público, de modo que el testador no podrá autorizar al legatario para que tome posesión por sí mismo de la cosa legada; la sentencia de 26 de octubre de 1928, que mantuvo lo contrario; es única, mientras que la recta doctrina aparece reflejada en la resolución de 19 de mayo de 1947, que recoge la interpretación de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Reputo también necesaria la entrega cuando el legatario se encuentra en posesión de la cosa legada, de acuerdo con DE LOS MOZOS y LACRUZ, y la resolución de 19 de noviembre de 1952, que rectifica otras anteriores. En cuanto al artículo 83 del Reglamento Hipotecario, que otorga competencia al contador partidor y al albacea para la entrega de los legados, me uno a las críticas de ROCA SASTRE, DE LOS MOZOS y LACRUZ y entiendo que tal doctrina no puede derogar el Código civil.

La doctrina califica diversamente la posición jurídica del heredero gravado mientras no realiza la entrega. Para ROCA SASTRE es un administrador de cosa ajena, mientras que para LACRUZ en ciertos aspectos es semejante a la del depositario con relación a la cosa mueble depositada, pareciéndole de aplicación los artículos 1.767 y 1.779. En realidad tal posición hay que inducir la de la normativa del cumplimiento de este tipo de legado contenida en los artículos 882, 883 y 886.

El heredero debe dar la misma cosa legada pudiendo hacerlo y no cumple con dar su estimación (art. 886-1). A *contrario sensu* deduce OSSORIO que cumplirá con dar la estimación cuando no sea posible entregar la cosa legada, refiriendo la valoración al momento de la muerte del testador.

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador (art. 885); la norma es reproducción casi literal del artículo 699 del Proyecto de 1851, debiendo citarse la opinión de GARCÍA GOYENA, para quien los accesorios en materia de legado son los mismos que en la venta, a saber, todo lo que sin ser la misma cosa tiene con ella tal relación que no debe separarse,

antes bien, debe seguirla; parece que se incluirán los títulos de propiedad, las servidumbres activas y, probablemente, los derechos de adquisición subjetivamente reales de origen voluntario.

Como el legatario adquiere la propiedad al morir el testador, desde este mismo momento corre a su cuenta el *periculum* y el *commodum*, tal como lo expresa el artículo 882-2: «La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora.» Este precepto debe coordinarse con la referencia del artículo 869-3 a la pérdida de la cosa legada después de la muerte del testador y sin culpa del heredero; en tal caso es evidente que no hay ineficacia del legado—consumado ya por la adquisición—, sino extinción del derecho de propiedad por la pérdida del objeto, correspondiendo al legatario las acciones pertinentes contra el responsable de la pérdida. El legatario se aprovecha también de todo aumento o mejora que experimente la cosa legada a partir de la muerte del testador, y ello cualquiera que sea su causa. En este punto, el Derecho italiano ofrece una norma de gran interés: según el artículo 667-2 del Código civil vigente, si se ha legado un fundo, se comprenden en el legado las construcciones hechas en él, existiesen o no al tiempo de la confección del testamento, salvo que se entienda revocada la disposición por la transformación de la cosa legada, y si el fundo se ha acrecido con adquisiciones posteriores, éstas se deben al legatario con tal que sean contiguas al fundo y constituyan con él una unidad económica; se trata de una norma interpretativa de gran alcance práctico, que parece acoger la noción de finca funcional.

Si la cosa legada es fructífera, es obvio que fructifica para su dueño y el legatario hará suyos los frutos producidos después de la muerte del testador. Para los frutos pendientes, el artículo 882-1—que especifica innecesariamente «frutos o rentas»—ordena que los haga suyos el legatario. Para LACRUZ es discutible si el heredero responde de los *fructus neglecti* o *percipiendi*, aduciendo en contra que el Código civil no le impone de modo expreso la obligación de hacer fructificar el caudal relicto, si bien puede alegarse en su favor que ello forma parte de su deber de conducirse como un *bonus pater familias*.

El Código no menciona expresamente los gastos. LACRUZ considera aplicable por *analogía iuris* el artículo 1.779 complementado por las normas de la posesión; en consecuencia, todas las impensas resultantes de una administración regular, que no tengan la consideración de los «gastos de entrega» del artículo 886, serán de cuenta del legatario.

En cuanto a los gravámenes de la cosa legada, la regla general es que la carga perpetua o temporal a que se halle afecta la cosa legada pasa

con ésta al legatario (art. 867-3); en tal sentido puede ser interpretado el artículo 883 cuando alude a la entrega de la cosa «en el estado en que se halle», entendiendo por tal no sólo el estado físico, sino el jurídico. Por ello resulta redundante, como dice OSSORIO, el artículo 868, cuyo contenido es una inherencia del *ius in re aliena*. Para la prenda y la hipoteca, el artículo 867-1 dicta una norma especial, que tiene su precedente en el Proyecto de 1851 y en las Partidas. «Cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero», lo cual es mera aplicación del artículo 661; pero «si por no pagar el heredero lo hiciese el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero». Hay que entender, con LACRUZ, que la obligación del heredero de liberar las cosas gravadas sólo será exigible al vencimiento de la obligación garantizada; se trata, sin duda, de una norma dispositiva y con tal carácter se presenta en el Derecho comparado (así, el art. 1.020 del *Code* exige disposición expresa del testador para que el gravado quede obligado a liberar la cosa legada de la carga; el art. 668-2 del Código civil italiano de 1942 permite al testador disponer que el heredero no quede obligado al pago de la deuda). El precepto de nuestro Código presupone, como dice ROCA SASTRE, que el acreedor es un tercero y que el testador es el deudor; pero si el acreedor fuera el propio legatario habría que considerar aplicable el artículo 873 y entender que no se imputa en pago de la deuda a menos que así lo declare el testador, produciéndose entonces la extinción de la garantía por confusión. Si el causante no era deudor personal, caso de pagar la deuda el legatario parece que la subrogación se dará no contra el heredero, sino contra el deudor principal.

Según el artículo 864, cuando el testador tuviera sólo una parte en la cosa legada se entenderá limitado el legado a esta parte. Es una norma interpretativa que reproducen los demás Códigos. Para que se entienda legada la totalidad de la cosa es preciso que el testador lo declare expresamente.

También ofrece especialidad el legado de una universalidad. Objeto de este legado puede ser tanto una universalidad de hecho como de derecho, siempre que se trate de cosas específicas y determinadas. El testador podrá legar un rebaño, una biblioteca o una empresa; podrá disponer del conjunto como tal o hacer tantos legados como cosas particulares lo compongan. El legado de una empresa puede ofrecer no pocas dificultades prácticas dada la heterogeneidad de sus elementos integrantes. También ofrece interés dogmático el legado de una herencia; cuando el testador no la aceptó a su fallecimiento, el heredero deberá hacerlo

y transmitirla al legatario. ¿Es posible legar el *ius transmissionis*? Con LACRUZ entendemos que no, por la estricta personalidad del objeto transmitido y porque el causante transmite al primer heredero no sólo derechos y facultades, sino también obligaciones destinadas *ope legis* a los herederos. En el fondo, lo que ocurre es que cuando se dice que el objeto del legado puede ser una universalidad de bienes se expresa cierta contradicción con la idea misma de legado, definido por el Código —aunque no sea exacto en todos los casos— como sucesión a título particular. Parece que las ineludibles conexiones entre la universalidad del objeto y la universalidad del llamamiento pueden implicar dificultades para construir dogmáticamente este tipo de legado.

B) Legado de constitución de un derecho real.

Cabe considerar una triple hipótesis:

1.º El testador dispone a título de legado de un derecho real sobre cosa ajena (censo, superficie, tanteo o retracto convencionales) que forma parte de su patrimonio y que tenga la cualidad de transmisible *mortis causa* (la servidumbre no podrá legarla con independencia del fundo dominante ni la hipoteca con separación del crédito que garantiza).

2.º El testador impone al gravado el *facere*, consistente en la obligación de constituir un derecho real a favor del legatario.

3.º El testador atribuye directamente al legatario, con efecto constitutivo, un derecho real sobre cosa de la herencia. Sólo en este caso existe un verdadero legado de constitución de un *iura in re aliena*, disponiendo el testador de mayor autonomía que en el primer supuesto (podrá legar un usufructo, una servidumbre que grave un bien del caudal, etc.).

En el sentido restringido citado se trata de un legado atípico que la doctrina admite sin dificultad. Para LACRUZ, ROCA SASTRE, BORRELL y SOLER tiene eficacia real, pues la sucesión testada es, como sabemos, título de adquisición de derechos reales sin necesidad de tradición. En la práctica es frecuente la constitución de un usufructo por vía de legado, pero no hay duda que cabe la de servidumbres, derechos de habitación, tanteos y retractos; también es posible constituir por este procedimiento derechos de garantía, pues, al margen de las medidas de aseguramiento que la Ley Hipotecaria establece para el pago de legados, un testador previsor podrá asegurar así la posición de un legatario beneficiado ya con otro legado (por ejemplo, de alimentos).

La constitución de estos *iura in re aliena* por vía de legado se interfiere con la exigencia de determinados requisitos formales (*datio rei*, inscripción). Sin embargo, ALBALADEJO para la prenda con desplaza-

miento considera innecesaria la entrega de la cosa, pero la hipoteca inmobiliaria exigirá en todo caso la inscripción y el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria.

En los casos en que la eficacia directa del legado funciona plenamente habrá que entender, por aplicación del artículo 882, que la titularidad del derecho real limitado nace en el legatario desde la muerte del testador y que le corresponden los frutos pendientes en aquel momento. Si el derecho real es susceptible de posesión, el legatario podrá pedirla conforme al artículo 885.

C) Legado de crédito. Legado de liberación.

El testador que carezca de cosas específicas y determinadas en su patrimonio puede legar los créditos que le correspondan contra tercero, en cuyo caso el legado tiene por objeto una *res incorporalis*. Desde un punto de vista económico, el legado de créditos ofrece al legatario menores garantías que el de cosas corporales por la intrínseca fragilidad de su objeto, que depende, en último término, de la solvencia de un tercero; por otra parte, el vencimiento del crédito antes de la apertura de la sucesión pone en peligro la subsistencia misma del legado.

Conocido en Roma como *legatum nominis*, en una primera época no se podía otorgar dada la concepción romana del crédito; luego se abrió paso a través de la novación por cambio de acreedor, con consentimiento del deudor, dentro de la figura del *legatum per damnationem*, adquiriendo un definido contorno por medio de la cesión que implicaba la *procuratio in rem suam*; el *heres* otorgaba un *mandatum* al legatario designándole *procurator* con exención de la obligación de rendir cuentas y autorizándole a quedarse con lo obtenido. En la época postclásica, dice ARIAS BONET, se inicia un despegue del *legatum nominis* respecto del *legatum per damnationem*, y se apunta una concepción que otorga ciertos efectos directos a este legado mediante el traspaso del crédito mismo, subrogándose el legatario en la posición del *decuius*; las acciones para hacer efectivo el crédito no las ejercita el beneficiario en virtud de un mandato, sino *suo nomine* como *actiones utiles*.

En el Derecho moderno, la configuración de este legado plantea menos problemas dogmáticos que en el Derecho romano, apareciendo regulado en todos los Códigos, a excepción del francés y del suizo. Nuestro Código civil lo reglamenta con cierto detalle junto al legado de liberación.

En el legado de crédito intervienen, en principio, cuatro personas:

- a) El acreedor-testador.
- b) El deudor.

- c) El heredero gravado.
- d) El legatario beneficiario.

Cuando se produzca una coincidencia entre las personas del deudor y del legatario estamos en presencia del legado de perdón o liberación, que se examinará a continuación.

El testador puede legar toda clase de créditos siempre que sean susceptibles de transmisión *mortis causa*; siendo titular de varios podrá legar uno sólo, algunos de ellos o la totalidad de los que le pertenecen; este último supuesto está expresamente contemplado por el nuevo Código civil portugués, que dicta una norma interpretativa en el sentido de comprender únicamente los créditos en dinero (art. 2.262).

Por razón de su objeto, el *legatum nominis* está sujeto a especiales requisitos de eficacia, pues sólo surtirá efecto—dice el artículo 870-1— en la parte de crédito subsistente al tiempo de morir el testador; si el deudor ha pagado parte de la deuda antes de morir el testador, sólo se entiende legada la parte de crédito restante, y si la ha cancelado en su integridad, el legado es totalmente ineficaz; ineficacia que también se produce cuando el testador, después de haber ordenado el legado de crédito, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque el pago no se haya realizado al tiempo del fallecimiento (artículo 871-1). Se trata de una revocación tácita; pero en el Derecho comparado no faltan soluciones encaminadas al mantenimiento del legado, pese a la extinción del crédito *post testamento condito*.

Ya en el Derecho romano, advierte ARIAS BONET que en caso de extinguirse el crédito por novación necesaria en virtud de la *litis contestatio*, aun demandado y condenado el deudor *vivente testatore*, si no hubiese pagado pertenecía al legatario del *nomen* lo que *ex sententia iudicis deberetur*. Dentro del Derecho moderno cabe señalar que en el Derecho austríaco el legado subsiste si el deudor ha pagado el crédito por su propia iniciativa; según el § 2.173 B.G.B., si antes de la muerte se realiza la prestación y el objeto entregado existe aún en la herencia. en la duda ha de entenderse que este objeto debe ser atribuido al designado, y que si el crédito estaba dirigido al pago de una suma de dinero, en la duda vale como legada la suma correspondiente, aunque no se encuentre en la herencia; observa BINDER que en tal situación no basta afirmar formalmente que el cumplimiento se ha hecho imposible, puesto que la intención del causante continúa siendo presumiblemente la de hacer una atribución al legatario. Para nuestro Derecho, opina SÁNCHEZ ROMÁN que la reclamación extrajudicial no implicará caducidad del legado; en opinión de LACRUZ, lo mismo que el cobro, la transmisión del crédito deja sin efecto el legado, siendo más dudoso en los casos de

transmisión de la deuda e incluso de novación por cambio de deudor o del objeto.

Se discute la eficacia del *legatum nominis* en nuestro Derecho. Para OSSORIO, el legatario no deviene acreedor del tercero por muerte del testador, pues son los herederos quienes suceden en los créditos, y es necesario que éstos los cedan al legatario para que se convierta en acreedor; este legado impone al heredero un *facere*, según resulta, a su juicio, del artículo 870; opinión que también siguen MANRESA y TRAVIE-SAS. En sentido contrario se expresan DÍAZ CRUZ y LACRUZ. Para el último autor citado cabe sostener que el heredero sólo conserva la posesión del crédito, pues siendo éste determinado, su titularidad pasa *ipso iure* al legatario al abrirse la sucesión, por aplicación del mismo principio que inspira los artículos 882 y 885, entendiéndose el artículo 870-2 en el sentido de que el deudor no puede hacer efectivo el crédito legítimamente al legatario mientras no sea oportunamente notificado por el heredero, cuya notificación equivaldría a la escritura pública de entrega de la cosa inmueble. Opinión a la que me adhiero por ser conforme a una adecuada interpretación del artículo 882, y que explica asimismo la indetentación de régimen en cuanto a los frutos pendientes en los artículos 870-4 y 882-1.

Tampoco reina unanimidad en la doctrina acerca de la forma de cumplimiento de este legado. Para SÁNCHEZ ROMÁN, a quien modernamente sigue BORRELL y SOLER, caben dos modalidades: o bien percibiendo el heredero el crédito para abonarlo luego al legatario o bien mediante la cesión de acciones, que vendría a ser una forma mínima de cumplimiento. Pero observa con razón OSSORIO que el heredero no está facultado para hacer efectivo el crédito no sólo porque no le pertenece, sino porque al legatario puede interesarle no hacerlo (por ejemplo, para que siga devengando interés). No hay, por tanto, más forma de cumplimiento que la cesión de acciones que contempla el artículo 870-2, cuyo significado es el mismo—dice LACRUZ—que la entrega del artículo 885; el heredero no responderá ni de la *bonitas* ni de la *veritas* del crédito legado, ni podrá hablarse de una responsabilidad por evicción a cargo del heredero. Con el crédito se entienden legados sus accesorios, entre los que deben incluirse—por analogía con el artículo 1.528—los derechos de garantía y también los documentos en que conste. En cuanto a los intereses, el artículo 870-4 contiene una norma singular extremadamente beneficiosa para el legatario, al disponer que el legado comprende los intereses que por el crédito se debieren al morir el testador; naturalmente, como dice LACRUZ, se extiende también el legado a los intereses ulteriores. En el legado de cosa específica se

atribuyen al legatario los frutos pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte, y en el de cosa genérica ni siquiera se le conceden los frutos producidos a partir de la muerte del testador, salvo expresa disposición de éste. En estricta justicia, los intereses devengados y no satisfechos a la muerte del causante debieran refundirse en el caudal hereditario como un crédito a favor de la herencia.

La forma de cumplimiento que aceptamos para este legado encuentra paralelo en el Derecho comparado. Así, el artículo 658-2 del vigente Código civil italiano dispone que «el heredero está obligado solamente a entregar al legatario los títulos del crédito legado que se encuentren en poder del testador», y el artículo 2.261 del nuevo Código civil portugués ordena: «El heredero satisfará la disposición entregando al legatario los títulos relativos al crédito.»

El legado de liberación fue reconocido y ampliamente practicado en el Derecho romano y está regulado por la mayoría de los Códigos modernos. En nuestro Derecho recibe también el nombre de legado de perdón de deudas y su régimen es paralelo al legado de créditos. Tiene lugar, dice OSSORIO, cuando el testador lega a su deudor el crédito que contra él tenía, con lo cual renuncia a que le sea exigido. Sólo surte efecto en cuanto a la parte de deuda que estuviese pendiente al morir el testador. MUCIUS SCAEVOLA opina que si la deuda se ha extinguido antes de morir el testador por la sola voluntad del deudor, el legado surte sus efectos; pero la mayoría de la doctrina (SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, DÍAZ CRUZ, OSSORIO) sostiene lo contrario con apoyo en el artículo 870-1. Parece indudable que la reclamación del testador después del otorgamiento equivale a una revocación tácita.

Aunque la doctrina contempla con amplitud el legado de liberación, admitiendo que pueda tener por objeto la deuda contraída con un tercero o con el propio gravado (así, LACRUZ), en este estudio me limito al caso específicamente regulado por los artículos 870 y 871 de deuda del legatario con respecto al causante. Testamentariamente puede condonarse toda clase de deudas, en la totalidad de su importe o en parte, en el principal o en los intereses. Puede ordenarse prácticamente, dice LACRUZ, de muy diversas formas: legando al deudor lo mismo que éste debe, prohibiendo a los herederos que exijan el pago o declarando expresamente que condona al legatario su deuda. Cuando el testador declara en el testamento que un deudor suyo le ha pagado, entiende DÍAZ CRUZ que no se trata de un legado, sino de una confesión extrajudicial de pago, y si esta declaración no responde a la realidad habrá un legado de liberación, a menos que se demuestre el error del testador. Nuestro

Código admite el legado genérico de liberación, el cual comprende las deudas existentes al tiempo de hacerse el testamento, pero no las posteriores, conforme al artículo 872, que es, sin embargo, norma interpretativa. También es de liberación el legado hecho al deudor de la cosa empeñada, por el que sólo se entiende remitido el derecho de prenda, según el artículo 871-2; pero siendo dispositiva esta norma nada impide que el testador le condone la deuda y le remita la prenda, en cuyo caso la remisión de ésta sería accesorio de aquélla, conforme al artículo 1.190.

En orden a la eficacia de este legado se señalan idénticas discrepancias doctrinales que respecto del legado de crédito. Personalmente entiendo con GANGI, LACRUZ y BONET RAMÓN que la liberación del deudor-legatario se produce *ipso iure* siempre que el crédito fuese a favor del testador. El heredero gravado cumplirá dando carta de pago al legatario. Observa SÁNCHEZ ROMÁN que el Código añade «si lo pidriere», puesto que a él es a quien interesa quedar libre de la deuda dándola por pagada. En realidad, el legatario-deudor ha quedado liberado *ipso iure* por fallecimiento del acreedor, y caso de reclamación podrá oponer la excepción correspondiente, aunque el heredero no le hubiera otorgado carta de pago. Si el legatario paga su deuda después de morir el testador ignorando la existencia del legado, podrá repetir lo pagado mediante la *conditio indebiti*; pero si lo conocía, habrá una renuncia tácita al legado. Los gastos de cumplimiento serán a cargo de la herencia, pues estimo que el artículo 886-3 es de aplicación preferente al artículo 1.168.

D) Legado de prestaciones periódicas o de tracto sucesivo.

Anteriormente lo hemos diferenciado del legado de prestación única. Este legado de prestaciones periódicas se parece al *legatum nominis* en que ambos tienen por objeto un derecho de crédito, y se diferencia en que en éste el testador transmite uno ya existente en su patrimonio, mientras que en el de prestaciones periódicas el testador lo crea *ex novo* y lo adjudica al legatario; en un caso hay transmisión *mortis causa* del crédito; en el otro, creación constitutiva *ex testamento*. Incluyo bajo la citada denominación a los legados de pensión, de alimentos y de educación.

Se trata de figuras de legados típicos muy elaborados en el Derecho romano; en el *Digesto*, el legado de pensión se regula bajo el epígrafe *De annuis legatis et fideicommissis*, y el de alimentos lleva el rótulo *De alimentis vel cibariis legatis*. CAMARELA, en su clásica obra sobre legados, le dedica 75 páginas, y SURDUS, en su célebre *Tractatus de alimentis*, dedica todo el título II al legado de esta denominación. La Partida 6.^a

título 9, ley 24, contiene una regulación de los alimentos que ha servido de antecedente al Código civil, mientras que guarda silencio sobre el legado de pensión periódica. En los Códigos modernos se regulan estos tipos de legado con variada extensión; destacan por su minuciosidad el All.B.G.B. y el portugués derogado, mientras que la materia aparece simplificada en el Código civil italiano de 1942 con una remisión a los alimentos legales en cuanto a extensión (art. 660), al par que le considera como un subtipo del legado de prestaciones periódicas regulado con alcance general en el artículo 670, orientación que también ha seguido el nuevo Código portugués (art. 2.273).

Ha sido discutida su naturaleza jurídica. En mi opinión, el legado de prestaciones periódicas posee una interna estructura unitaria, si bien su contenido objetivo es plural, constituido por varias prestaciones autónomas. En Alemania, y con referencia a la renta vitalicia, GIERKE y GSCHNITZER distinguen dos obligaciones, una básica y fundamental, de la que derivan, como de su fuente, pretensiones singulares para las distintas prestaciones de renta. También en Italia una dirección doctrinal (ANDREOLI, BARASSI, DEVOTO, OSTI, STOLFI) sostiene que el legado de prestaciones periódicas constituye la fuente de una pluralidad de prestaciones autónomas. A favor del legado único se manifiestan LOSANA, VENZI y CRISCUOLI. Entre nosotros, por la pluralidad están TRAVIESAS, BORRELL y SOLER; por la unicidad, DÍAZ CRUZ y LACRUZ.

El legado de pensión está regulado por el artículo 880. Consiste en atribuir al legatario el derecho a percibir en forma periódica (por días, semanas, meses, años, etc.) una determinada suma de dinero o de otras cosas fungibles, bien durante cierto tiempo, bien con carácter vitalicio; el artículo 880 parece contemplar sólo esta última modalidad, pero observa OSSORIO que el testador puede señalar un plazo determinado de duración. El Código no alude a la finalidad de la pensión, que puede ser variadísima; si el testador la expresa, el legado puede ser modal. Siguiendo en esto una orientación casi unánime del Derecho comparado, el artículo 880 establece el pago por períodos anticipados con carácter general: «El legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución, aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.» Idéntica norma se contiene en el artículo 148-2, sobre los alimentos legales, y en el artículo 1.806, sobre renta vitalicia. Puede verse aquí una derogación a la norma general sobre cumplimiento de obligaciones aplazadas contenida en el artículo 1.125.

El legado de alimentos es un subtipo del legado de prestaciones pe-

riódicas, caracterizado por ser submodo, consistente en facilitar al legatario los medios necesarios para su subsistencia. Puede ordenarse de alguna de las formas siguientes:

a) Fijando una cantidad determinada para alimentos, en cuyo caso se trata de un simple legado de pensión que la doctrina denomina «a título de alimentos». Esta denominación, sin embargo, no influye en su régimen y así no será preciso cumplir con los requisitos de los alimentos ordinarios. Sólo en este sentido cabe aceptar la opinión de algunos autores italianos (GANGI, TALASANO, TEDESCHI) para quienes el legado de alimentos no está condicionado por el estado de necesidad del beneficiario.

b) Cabe que adopte la modalidad contemplada en el artículo 879-4: «Si el testador acostumbró dar en vida al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.» Este supuesto se parece al estudiado sub a), diferenciándose por una limitación cuantitativa, a saber, la notable desproporción con la cuantía de la herencia, que sólo el juez puede fijar atendidas las circunstancias de cada caso.

c) El verdadero legado de alimentos es aquel en que el testador dispone se pague al legatario una pensión para alimentos sin fijar su cuantía, en cuyo caso son de aplicación las normas sobre alimentos legales por la remisión general del artículo 153, salvo disposición diversa del testador. En cuanto al contenido regirá en toda su extensión el artículo 142, con las limitaciones cuantitativas que fija el artículo 879-3, según el cual habrá de tenerse en cuenta «el estado y condición del legatario y el importe de la herencia».

El legado de alimentos dura mientras viva el legatario si el testador no dispone otra cosa.

El legado de educación es una subespecie del de alimentos y dura hasta que el legatario sea mayor de edad (art. 879-1); pero siendo una norma dispositiva puede durar, como dice LACRUZ, por disposición del causante hasta cualquier edad. BORRELL y SOLER propone que la reducción experimentada por la mayoría de edad no se aplique a este legado; es probable que el legislador de 1943 no tuviera presente esta consecuencia, pero estimo que para que este legado llegue a los veintitrés años debe haberlo dispuesto expresamente el testador. Por aplicación del artículo 142-2 habrá que entender que el legado de alimentos incluye el de educación cuando el legatario es menor de edad; pero no a la inversa, salvo voluntad expresa del testador.

En cuanto a su eficacia, el legado de pensión produce efectos inmediatos, mientras que el de alimentos *stricto sensu* se subordinará a la situación de necesidad del beneficiario.

2. Legado de cosa genérica

Se contrapone al legado de un cuerpo cierto o de especie. En el legado de cosa genérica resulta cierta indeterminación en su objeto, ya que puede satisfacerse indistintamente con una cualquiera de las cosas pertenecientes al mismo género; pero tal indeterminación no puede llegar al extremo de que no se sepa qué es lo que quiso legarse.

La regulación legal de este legado se hace con cierta profusión y con ausencia de sistema:

El artículo 860 se refiere a la evicción.

El artículo 869-3 también se refiere a la evicción en relación con la ineficacia del legado por perecimiento del objeto.

El artículo 872 trata del legado *genérico* de liberación.

El artículo 884 regula los frutos del legado genérico.

La *sedes materiae* se encuentra en los artículos 875 a 877. Subsidiariamente se aplicarán las normas sobre obligaciones genéricas.

Cuando se trata de cosas pertenecientes al patrimonio del testador, no hay limitación en cuanto a las cosas que pueden ser objeto de este legado.

En contra del precedente de las Partidas, que la atribuían al legatario, el artículo 875-3 dispone que «la elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior». Pero al ser una norma dispositiva, el testador podrá encomendar la elección al legatario o a un tercero. Este derecho de elección es un *Gestaltungsrecht*, derecho de formación o de configuración jurídica, de igual naturaleza que el derecho de opción en las obligaciones alternativas. Si el testador no ha fijado plazo para ejercitarlo, parece que tanto el gravado como el legatario podrán acudir a los Tribunales para que lo señalen; es un derecho transmisible *mortis causa*, pues, según el artículo 877, «si el heredero o legatario no pudiese hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho a los herederos». La elección podrá hacerse en cualquier forma que revele por modo claro el ejercicio consciente y deliberado de la facultad otorgada. Si corresponde al heredero, éste cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior, según el artículo 875-3; parece que tal regla es aplicable no sólo a la opción atribuida a un tercero —como defiende LACRUZ—, sino al propio legatario. Hecha la elección,

es irrevocable, incluso la hecha en testamento (cfr. la sentencia de 23 de noviembre de 1904 referente al legado dejado por la marquesa de Valparaíso, y cuya elección se otorgó a su marido, el marqués de Villafuerte).

GANGI, modernamente seguido por ENRIETTI, sostiene la eficacia real de este legado cuando tiene por objeto cosas genéricas existentes en el patrimonio del testador, citando en su apoyo la doctrina romana que permitía un legado *per vindicationem* de cosas genéricas. Entiendo que este legado posee sólo eficacia indirecta; la individualización de la cosa legada es una operación cronológicamente subsiguiente a la apertura de la sucesión; la existencia de un legado genérico supone la obligación para el heredero de hacer la elección o de permitir que otro la haga; por ello dice acertadamente OSSORIO que no se adquiere la propiedad de la cosa legada hasta que se le entrega.

Aunque normalmente el derecho a los frutos nace con la concentración, la norma excepcional contenida en el artículo 884 permite al testador disponer que ese derecho se retrotraiga al momento de su muerte. En tal supuesto podría verse la existencia de dos legados: uno, por los frutos, hasta la concentración, y otro, ordinario, por la cosa genérica legada.

Debe reputarse igualmente excepcional la norma contenida en el artículo 860, según la cual el obligado a la entrega de este legado responde por evicción. Acaso pueda aplicarse aquí la razón que da SCUTO para el legado de cosa ajena, que el que dona lo hace espontáneamente, mientras que el gravado entrega el legado porque está obligado, por cuya razón hay una relación obligatoria y puede hablarse de cumplimiento inexacto y culposo. Según KIPP, la situación se aproxima más a una venta que a una donación. Para LACRUZ no hay responsabilidad por evicción cuando han perecido la totalidad de los objetos existentes en la herencia o cuando la elección corresponde al favorecido por el legado; DÍAZ CRUZ, en cambio, no admite excepciones. El artículo 860 no menciona los vicios ocultos; ROCA SASTRE y DÍAZ CRUZ los excluyen, pero parece más aceptable la opinión contraria sostenida por MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, TRAVIESAS, OSSORIO, LACRUZ y PUIG BRUTAU.

El legado de cantidad es una subespecie del legado de género. Al legado de cantidad se refiere *nominatim* el artículo 884, al disponer que los intereses de la misma corresponderán al legatario a partir de la muerte del testador cuando éste lo hubiese dispuesto expresamente. MUCIUS SCAEVOLA, DE BUEN y DÍAZ CRUZ entienden que el legado de cantidad es un legado genérico en el que no es necesaria la elección

y que—en realidad—el artículo 884 se está refiriendo al legado de dinero. En la doctrina italiana estima GANGI que una determinada cantidad de cosas fungibles puede ser objeto de legado, el cual será válido aunque no existan tales cosas en la herencia. Nuestra jurisprudencia se ha referido en diversas ocasiones al legado de cantidad; la sentencia de 19 de junio de 1901 declaró que no cambia su naturaleza convirtiéndose en legado de cosa específica por el hecho de que el testador *demonstrationis causa* señalara un determinado crédito para pago del mismo; doctrina que reiteró la sentencia de 6 de junio de 1903 en un supuesto análogo, en el que se habían señalado fincas; la sentencia de 27 de octubre de 1903 declaró que los legados de cantidad no devengan intereses salvo disposición contraria del testador, aun cuando se haya producido dilación en la entrega no siendo maliciosa; la sentencia de 13 de mayo de 1910 especificó que se devengan desde la reclamación judicial o extrajudicial del legatario al albacea. No todos los autores aceptan, sin embargo, esta doctrina jurisprudencial acerca del momento en que surge la obligación de abonar intereses en el legado de cantidad; a juicio de OSSORIO, esta obligación nace desde la aceptación del legado; DÍAZ CRUZ argumenta que al no ser necesaria la elección, no hay obstáculo para que el heredero no los deba desde la muerte del *de cuius*, por aplicación del artículo 1.095. La doctrina tradicional se ha reiterado en sentencia de 11 de mayo de 1956, en la que resolviendo un caso procedente de Cataluña declaró que, por regla general, conforme a las leyes 1 y 4, *De usuris et fructibus*, no devengan intereses los legados de cantidad sino desde la interpelación judicial, si bien la legítima devenga interés desde la muerte del testador, aunque se dé por vía de legado.

3. Legado alternativo

Hay legado alternativo cuando el testador señala varias cosas o prestaciones, de tal forma que sólo una de ellas debe entregarse o cumplirse. Igual que en las obligaciones alternativas hay aquí una sola cosa o prestación *quoad solutionem* y existe, igual que en las genéricas, una facultad de elección, pero limitada a las cosas alternativamente legadas. Los legados alternativos se rigen, conforme al artículo 874, por la voluntad expresa del testador y, subsidiariamente, por las normas de las obligaciones alternativas. Con todo, parece evidente que el testador no podrá alterar la esencia de la alternatividad, disponiendo, por ejemplo, que el heredero quede obligado a entregar todos los objetos que comprende, pues en tal caso no habría un legado alternativo, sino cumula-

tivo. En la alternatividad pueden entrar cualquier clase de cosas, derechos o prestaciones siempre que reúnan los requisitos generales del objeto del legado. Por aplicación del artículo 1.132, la elección corresponderá al heredero o legatario gravados, a menos que el testador la confíe a un tercero o al legatario beneficiado, en cuyo caso se tiene un legado de opción.

El *legatum optionis* fue conocido en el Derecho romano, diferenciándose del alternativo en que la *optio* no se transmitía al heredero por ser facultad estrictamente personal; pero Justiniano refundió ambas especies de legados. El B.G.B. contempla la figura del *Wahlvermächtnis*, también admitida en el Derecho italiano y en el portugués vigente. En nuestro Código acaso pudiera verse recogida en el artículo 876, en cuyo caso lo expresamente legado es la misma facultad de opción, que se declara transmisible por herencia en el artículo 877.

En el legado alternativo, una vez hecha la elección será irrevocable. Producida la concentración del objeto se aplica el mismo régimen que en el legado de cosas genéricas. Por tanto, la eficacia del legado alternativo es meramente obligatoria, incluso en el supuesto de que la alternatividad recaiga sobre cosas específicas y determinadas propias del testador (en tal sentido, GROSSO, como regla general, y CRISCUOLI).

4. *El legatum debiti*

La exacta delimitación de esta figura suscita no poca incertidumbre en la doctrina. Por de pronto cabe subrayar que aquí no existe sucesión de ninguna clase del legatario al testador.

Para SÁNCHEZ ROMÁN es el legado que hace el testador a un acreedor suyo declarando expresamente que le lega lo mismo que le debe; OSSORIO aclara que no se trata de que el testador pueda legar una deuda suya, pues ello carecería de sentido, ya que la deuda no es un bien que pueda ser objeto de disposición.

En el Derecho romano clásico se consideraba nulo el *legatum debiti* por no contener una liberalidad, pero el *Digesto* admite su validez siempre que el legatario obtenga una ventaja. A juicio de BIONDI, producía una especie de novación, surgiendo entre heredero y legatario una nueva obligación, que sustituye a la precedente entre testador y legatario. Las Partidas lo admitieron y los Códigos modernos reconocen la figura, aunque ofreciendo un variado cuadro de regulaciones. La orientación del Derecho comparado puede sintetizarse así: 1.º El legado hecho por el deudor al acreedor no se presume hecho en pago de la deuda. 2.º Aun-

que se legue para pago de una deuda se mantiene la validez del legado, aun en el caso de que la deuda no existiese (*in dubio pro legatario*).

De alguna manera esta orientación está recogida en el artículo 873, de evidente carácter interpretativo: «El legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente. En este caso, el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado.» A falta de declaración expresa no podrá hablarse de legado de deuda, sino de un legado ordinario de suma, de cosa específica, etc.

En el caso de un legado expreso de deuda no se trata de algo inútil, pues, como resume LACRUZ, pueden verse las siguientes ventajas:

a) Supone un reconocimiento de la deuda, que corrobora las pruebas existentes.

b) Interrumpe la prescripción.

c) Invierte al titular del crédito de nuevas acciones y posiciones dimanantes del legado.

d) Podrá pedir anotación preventiva también del legado genérico.

e) Puede implicar la desaparición de condiciones o términos que impedían la inmediata realización del crédito.

f) La deuda podía no ser líquida y resultar tal en virtud de la ordenación del legado.

A mi modo de ver, la idea de una dación en pago está expresamente excluida del artículo 873-2, pues el acreedor tiene derecho a cobrar el exceso de crédito o del legado. Con todo se trata de una norma dispositiva. El legado expreso de deuda produce los efectos propios de la cosa legada y una vez cumplido por el gravado produce, además, la extinción de la deuda que tenía el causante y que pasó al heredero al abrirse la sucesión. El acreedor, mientras no se dé cumplimiento al legado, dispone de dos acciones; pero pagado el legado que cubra la totalidad de la deuda, ésta se cancela *ipso iure*.

Entiendo con la mayoría de la doctrina (TRAVIESAS, BORRELL Y SOLER, LACRUZ) que el legado de una deuda inexistente no quedará ineficaz, a menos que se pruebe que el testador no lo hubiera hecho de haber conocido la inexistencia de la deuda (art. 767-1). Discrepa DÍAZ CRUZ opinando que al ser expresa la imputación ello lleva consigo que no se hubiera hecho el legado de no existir la deuda; pero OSSORIO invoca el precedente de las Partidas, que en tal hipótesis ordenaban que se entregase el legado, «porque se entiende que se lo quiso dar»; nuestro Código parte, además, del principio del mantenimiento del legado.

El legado expreso de deuda implica un reconocimiento de deuda;

en mi opinión, sin embargo, no todo reconocimiento de deuda hecho en testamento implica un legado. El tema ha sido estudiado por PASTOR RIDRUEJO y tiene unas derivaciones en las que aquí no puedo entrar. Baste subrayar que el simple reconocimiento de una deuda formando parte del contenido atípico de un testamento no puede transformarse en legado de deuda ni siquiera invocando la voluntad conjetural del testador, ya que el artículo 873-1 requiere una declaración expresa.

V. LEGADO DE COSAS QUE NO FORMAN PARTE DEL PATRIMONIO DEL TESTADOR

1. *En general*

SCUTO ofrece un concepto muy amplio del legado de cosas que no forman parte del patrimonio del testador, incluyendo el de cosa ajena en sus varias manifestaciones, el de cosa mueble genérica, el de cosa futura, el del hecho del heredero o del gravado cuando se legue el resultado de su actividad y el de la conclusión de un contrato o realización de cualquier acto jurídico entre gravado y legatario. El más importante de todos ellos es, sin duda, el legado de cosa ajena.

Dice OSSORIO que, a primera vista, el legado de cosa ajena es una figura que puede resultar anómala por contraria al principio de que «nadie da lo que no tiene» y, en todo caso, su admisibilidad no puede implicar un poder de disposición sobre bienes ajenos. Es un legado que ha de carecer de efectos reales, pues sería absurdo que la cosa perteneciente a un extraño pudiera pasar directamente al legatario por la simple voluntad del testador. Por otra parte, dice BORRELL Y SOLER, el legar una cosa que no le pertenece no implica la intención de desposeer ilegalmente de ella a su legítimo dueño para darla al legatario, pues no se trata de legar mediante un acto punible.

2. *En el Derecho comparado*

Admitido este legado por el Derecho romano y por las Partidas, ha pasado a los Códigos modernos, resaltando la amplitud con que lo acepta nuestro Código frente a las restricciones de los Códigos extranjeros.

Destaca la absoluta inadmisibilidad que pronuncia el artículo 1.021 del *Code* francés: «Cuando el testador ha legado la cosa ajena, el legado

será nulo, tanto si conocía como si no conocía que la cosa no le pertenecía»; postura que, sin embargo, ha sido moderada por la jurisprudencia y la doctrina modernas.

Admisivos con restricciones son el Código austríaco, el italiano de 1865 y el portugués derogado. El artículo 651-1 del Código civil italiano de 1942 ha suavizado el régimen contenido en el Código derogado, pues ya no exige que conste expresamente en el testamento la declaración de saber que la cosa era ajena, sino que puede constar por escrito en otro lugar. En el nuevo Código civil portugués se requiere para la validez que el testador conozca la alienidad (art. 2.251-1), mientras que en el Código anterior se exigía ignorancia de tal circunstancia. En el B.G.B., el testador ha de manifestar expresamente que la cosa no le pertenece, en cuyo caso el gravado queda obligado a suministrarla al legatario (*Verschafungsvermächtnis*).

3. El legado de cosa ajena en el Código civil español

Nuestro Código, en los artículos 861 y siguientes, ha recogido con más fidelidad que otros modernos la doctrina romana sobre el legado de cosa ajena. En Roma, la admisión del *legatum rei alienae* vino por la vía del *legatum per damnationem*. Según ULPIANO, *per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint quae dari possint*. Según GAYO, su contenido era el *redimere et praestare rem*, y no siendo posible para el gravado adquirir la cosa, subentraba la obligación de dar la *aestimatio*. A juicio de SCUTO, en el Derecho romano no hubo dificultad dogmática de admitir la *res aliena* como posible objeto del legado, pero se quería que resultase con claridad la voluntad del testador, y toda duda se excluía cuando se probaba que el testador sabía que la cosa era ajena.

Dice el artículo 861:

«El legado de cosa ajena, si el testador al legarla sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación. La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario.

Aunque SÁNCHEZ ROMÁN limita este legado, por razón de su objeto, al de cosa específica y determinada, dada la amplitud del término «cosa» entiendo que tanto puede referirse a las corporales como a las incorporeales, estando admitido en general por la doctrina el legado de crédito de un tercero.

Los presupuestos de validez del legado de cosa ajena son:

- a) Que al tiempo del otorgamiento la cosa fuese ajena.
- b) Que el testador conociese esta circunstancia.
- c) Que la cosa fuese ajena al tiempo del fallecimiento.

Si el testador lega como ajena una cosa propia, entiendo con ROCA SASTRE que el legado será válido como legado ordinario de cosa propia, a menos que se pruebe que la causa determinante del legado fue la convicción de ser ajena la cosa. La alienidad debe darse tanto respecto del testador como del legatario. Si la cosa era ajena al tiempo del testamento y el testador la adquiere después, el legado valdrá como ordinario, según dispone el artículo 862-2, invirtiendo la regla catoniana. El legado no será válido si la cosa al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario (art. 866-1). Pero si el legatario la adquiere después de otorgado el testamento y, por supuesto, antes de abrirse la sucesión, habrá que atender a la causa de la adquisición, conforme el artículo 878-2; si fue a título lucrativo nada podrá pedir por ello el legatario, pero si fue a título oneroso podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla; hay que concluir que, en el último supuesto, el legado produce algunos efectos. El conocimiento por el testador de que la cosa era ajena puede resultar del propio testamento, pero puede también demostrarse por cualquier medio sin que en nuestro Código se contengan las limitaciones de prueba que existen en el Código italiano vigente. La carga de la prueba corresponde al legatario, pues se presume—como dice OSSORIO—la ignorancia del testador.

La sentencia de 16 de enero de 1932, al estimar el recurso, declaró que el legado de cosa ajena debe entenderse en sentido restrictivo por ser excepcional, ya que la facultad jurídica de disposición de bienes se ejercita ordinariamente sobre cosas propias.

El legado de cosa ajena carece de eficacia real, ya que grava al heredero con un *facere*, que confiere al legatario un derecho de crédito para exigir del heredero que adquiera la cosa y se la entregue; el gravado queda obligado al *redimere et praestare rem*, cuyo cumplimiento puede serle urgido por el legatario mediante la *actio ex testamento*; el legatario no puede ejercitar la acción reivindicatoria, como declaró la sentencia de 3 de febrero de 1930.

El cumplimiento del legado de cosa ajena se contempla en el artículo 861-1: «El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación.» Pero se discute en la doctrina la naturaleza jurídica de la obligación

del gravado. Hay que rechazar, en principio, las soluciones construidas con base en ordenamientos extranjeros que no coinciden con el nuestro. Así, el Código italiano derogado establecía claramente una obligación alternativa (entregar la cosa o pagar el precio justo), mientras que en el Código vigente la obligación del gravado se configura claramente como facultativa en el artículo 651-1. A la vista de nuestro artículo 861-1 hay que concluir que ambas construcciones son inaceptables, ya que el abono de la justa estimación sólo se impone *cuando no es posible adquirir la cosa*. Por todo ello estimo inexacta la opinión de DÍAZ CRUZ, quien siguiendo literalmente a SCUTO habla de una *facultas solutionis ex lege*, e igualmente la de MORENO QUESADA, para quien se trata de una modalidad de las obligaciones alternativas caracterizada porque el orden de preferencia en cuanto a la prestación que ha de realizarse en el pago, así como las circunstancias que autorizan la realización de la prestación considerada como subsidiaria, viene preestablecido por la ley. Más conforme con la intención del legislador me parece la opinión de OSSORIO, para quien inicialmente no existe más que una obligación única, la de adquirir la cosa y entregarla al legatario, siendo subsidiaria y nunca facultativa la obligación de pagar la estimación. Puede pensarse que en el artículo 861 el legislador ha querido dar una normativa sustitutoria del artículo 1.101—en otro caso aplicable—, de suerte que la obligación de pagar la estimación representa una especial prestación por equivalente. Este legado no persigue de modo exclusivo la entrega de una cosa, sino la atribución de un valor al favorecido con él, y ello tanto puede lograrse por medio de la entrega de la cosa como mediante el pago de su justa estimación. Lo que ocurre es que el legislador ha tipificado la prestación por equivalente, en parte, reduciendo su alcance (ya que el gravado no responde normalmente de los daños y perjuicios) y, en parte, ampliándola (pues debe la justa estimación, aunque la cosa se pierda sin culpa suya).

En la forma normal de cumplimiento, el gravado deberá adquirir la cosa por el procedimiento que mejor le pareciere y luego entregarla al legatario. Para LACRUZ no hay inconveniente en que el gravado pacte con el dueño la directa transmisión de la propiedad a dicho favorecido, sin pasar por el patrimonio del gravado.

Entiende MORENO QUESADA que una vez adquirida la cosa del tercero queda concentrada la prestación, rigiéndose a partir de entonces, en cuanto a riesgos, frutos, etc., como si fuera un legado de cosa específica y determinada. No comparto esta opinión y considero que hasta la efectiva entrega de la cosa por el gravado el legado de cosa ajena no se equipara al de cosa específica.

Si al gravado no le resulta posible entregar la cosa del tercero entra en funcionamiento la forma de cumplimiento subsidiario o supletorio, quedando obligado a entregar su justa estimación. ¿Cómo ha de interpretarse la frase «no siéndole posible», del artículo 861-1? La problemática, que arranca ya del Derecho romano, puede resumirse hoy en el sentido de si el tercero se niega a enajenar la cosa, a transmitirla por cualquier otro título económicamente equivalente, si existe algún obstáculo legal o si exige un precio exorbitante.

Falta una norma expresa que imponga en este caso la responsabilidad por evicción y la doctrina se halla dividida. TRAVIESAS y DÍAZ CRUZ no la admiten, mientras que la aceptan en general SCUTO y MORENO QUESADA, y con limitaciones y restricciones, LACRUZ. Por mi parte, entiendo que si el legatario es privado de todo o parte de la cosa legada, en virtud de sentencia firme, por un derecho anterior a la entrega del legado, el gravado deberá responder, pero no propiamente por evicción, sino con base en el mismo artículo 861-1, puesto que la cosa no ha sido entregada efectivamente en tal supuesto, y se debe cumplir por equivalente; en tal supuesto no habría lugar a aplicar el artículo 1.478, y los perjuicios eventualmente causados al legatario por culpa del gravado o del tercero sólo cabrá reclamarlos al amparo del artículo 1.902.

4. *Variedades del legado de cosa ajena*

El artículo 863 reconoce validez al legado hecho a un tercero de la cosa propia del heredero o legatario, quienes al aceptar la sucesión deberán entregar la cosa legada o su justa estimación al legatario favorecido, siempre que con tal disposición no se perjudique la legítima de los herederos forzosos. PAPINIANO justificaba este legado por el hecho de que para el gravado era menos oneroso dar la cosa propia que procurar la ajena. Para SÁNCHEZ ROMÁN, el fundamento del artículo 863 radica en el artículo 858, que permite gravar con mandas y legados no sólo al heredero, sino también al legatario. LACRUZ, por su parte, critica con dureza la regulación de dicho precepto, que encuentra carente de fundamento razonable y presenta dudas interpretativas, pues no determina en qué momento ha de ser propia del gravado la cosa legada, si al otorgarse la disposición *mortis causa* o al fallecer el testador; ni alude al conocimiento por el testador de no ser propia la cosa legada; ni prevé el supuesto de repudiación de la herencia o legado por el gravado. En mi opinión, no aparece muy justificada la diferencia de régimen con el legado de cosa de un tercero, pues una parte de la doctrina se inclina a considerar como facultativa la obligación del gravado en este caso.

Cabe observar que el Código italiano de 1942 ha unificado esta figura con el legado de cosa de un tercero, orientación también seguida por el nuevo Código civil portugués. Por todo ello cabe preguntarse si nuestro legislador ha querido establecer en el artículo 863 un régimen diverso del artículo 861.

El artículo 864 contempla el legado de cosa perteneciente, en parte, a un extraño y, en parte, al testador o al gravado, disponiendo que en tal caso se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero. No parece haber aquí un legado de cosa ajena; se exige una declaración expresa de legar la cosa por entero, mientras que en el artículo 861 basta que el testador sepa que lega una cosa ajena; en ausencia de declaración expresa se entenderá legada sólo la parte correspondiente al testador. La palabra «derecho» se interpreta en sentido amplio, y así, LACRUZ opina que si al fallecimiento, no siendo propietario de la cosa legada, tiene el testador la *possessio ad usucapionem* o una pretensión a la entrega de la cosa, probablemente, por aplicación del artículo 964, deben entenderse legadas éstas.

Cabe el legado de un crédito ajeno, dando un sentido amplio al término «cosa» del artículo 861. En tal supuesto, como dice OSSORIO, el heredero vendrá obligado a adquirirlo para cederlo al legatario, y no siéndole posible abonará su estimación.

El artículo 875 limita a los bienes muebles el legado de cosas genéricas que no formen parte de la herencia. No parece, sin embargo, que haya insalvables obstáculos dogmáticos en admitir un legado genérico de inmuebles que no formen parte de la herencia (por ejemplo, una parcela para edificar e incluso un apartamento de tales características).

Tampoco hay dificultad en que sean de ajena pertenencia las cosas que entran en un legado alternativo.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Notas para una teoría general de la extinción de asientos registrales

A Luis-Carlos Boullosa.

El título IV de la Ley Hipotecaria regula la materia prima relativa a la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas y, concretamente, sus artículos 76 y 77 señalan las bases generales del sistema al afirmar que: «Las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por su cancelación o por la inscripción de transferencia del dominio o del derecho real inscrito a favor de otra persona», y que: «Las anotaciones preventivas se extinguen por cancelación, por caducidad o por su conversión en inscripción.»

Resulta, pues, de estos dos artículos que son cuatro las causas extintivas de las inscripciones y anotaciones: la cancelación, la inscripción de transferencia, la conversión y la caducidad.

Si toda clasificación es arbitraria, en el sentido de que podemos elegir libremente los criterios diferenciales, la contemplación de los artículos 76 y 77 de la Ley nos impone dos clasificaciones de los modos de extinción de los asientos registrales, que pudiéramos denominar legales por estar ambas basadas directamente en preceptos de tal naturaleza. La primera de ellas agruparía las causas de extinción en la siguiente dicotomía:

Modos de extinción de las inscripciones	{	Inscripción de transferencia Cancelación
Modos de extinción de las anotaciones	{	Conversión Cancelación Caducidad

La segunda las agruparía de esta otra forma:

Modos comunes de extinción CANCELACIÓN

Modos especiales de extinción	{	Inscripciones ..	{	Ins. de transferencia
		Anotaciones ...		Conversión
				Caducidad

Sin embargo, estas clasificaciones, aunque basadas en criterios legales, son muy poco fecundas, pues ni resultan sistemáticas ni exhaustivas. No resultan sistemáticas porque en base a ellas no se adquiere ningún conocimiento respecto al distinto valor jurídico de las causas de extinción, y no resultan exhaustivas porque, por una parte, no recogen todos los tipos de asientos que pueden ser objeto de extinción (1) y, por otra parte, porque no agotan todas las causas de extinción ni para las inscripciones, ya que omiten la caducidad, ni para las anotaciones, ya que omiten la anotación de transferencia (2). Quizá por estas insuficiencias la doctrina ha ensayado diversos tipos de clasificaciones basados en criterios distintos.

ARAGONÉS (3), a quien sigue MORELL (4), tras señalar que «es de absoluta necesidad que cuando una inscripción no represente la realidad de los hechos quede muerta y se borre», precisa que una inscripción deja de representar, deja de ser reflejo de lo real:

- 1.º Cuando se ha practicado indebidamente.
- 2.º Cuando carece de efectos jurídicos.
- 3.º Cuando es errónea.

CAMPUZANO (5), por su parte, basándose, al estudiar las causas de extinción de las inscripciones, en un criterio de normalidad, agrupa la extinción de este tipo de asientos de la siguiente forma:

(1) Esta es una objeción que puede oponerse a todo el título IV de la Ley y que puede estar basada en la rúbrica general del mismo.

(2) SANZ, A., en su obra *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Edit. Reus, Madrid, 1945, pág. 335, comentó ya esta limitación en su exégesis al artículo 77 de la Reforma de 1944—arts. 76 y 77 de la actual Ley—, señalando que “las causas de extinción que recoge el artículo 77 (para las anotaciones) no son las únicas, como tampoco lo son las que el párrafo primero recoge para las inscripciones, pero son las más frecuentes y las más características”.

(3) ARAGONÉS, P.: *Compendio de Legislación Hipotecaria*, Establecimiento Tipográfico de J. Ratés. Madrid, 1909, pág. 260.

(4) MORELL, J.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Edit. Reus, Madrid, 1917, pág. 368, vol. III.

(5) CAMPUZANO, F.: *Principios Generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria*, Edit. Reus, Madrid, 1941, vol. I, pág. 80 y vol. II, pág. 570.

Extinción de inscripciones	{	Causas normales . .	Subjetiva: Ins. de transferencia Objetiva: Cancelación
		Causas anormales ..	Nulidad por razón del fondo Nulidad por razón de la forma

En cambio, refiriéndose a las causas de extinción de las anotaciones preventivas abandona como criterio clasificador el de la normalidad para limitarse a una simple enumeración, y así señala la conversión, la anotación de transferencia, la caducidad y la cancelación por cumplimiento del fin de la anotación o por consentimiento del favorecido por ella.

Entre los autores modernos, ROCA (6) ha criticado la enumeración de los artículos 76 y 77 de la Ley por estimar que hay más causas extintivas de las inscripciones y anotaciones preventivas que las que señalan ambos artículos, y, en cambio, no lo es verdaderamente la segunda que indica el primero de ellos, y ha apuntado, sin criterio clasificativo, las siguientes causas de extinción: la cancelación, la conversión, la rectificación, caducidad, nulidad, renuncia y, a veces, agotamiento del contenido específico de algún asiento. Lo que no puede admitirse—dice ROCA—como causa de extinción de inscripciones o anotaciones preventivas es la transferencia del dominio o derecho inscrito o de lo anotado a favor de otra persona (7).

Sin embargo, todas estas clasificaciones y enumeraciones adolecen, en nuestra opinión, del defecto general de involucrar dos conceptos que deben ser cuidadosamente separados: el de modos de extinción y el de causas de extinción, ya que de su diferenciación depende, en gran parte, la posibilidad de elaborar una teoría sistemática y constructiva de la extinción de los asientos registrales (8).

Sin pretender un estudio exhaustivo de la materia, pero con un mínimo de rigor filosófico-jurídico, podemos afirmar que aunque el concepto de modo puede ser contemplado desde muy diversos puntos de vista—metafísico, semántico, lógico y aun jurídico—, en todos ellos está presente como nota connotativa común la idea de «forma o manera

(6) ROCA, R. M.: *Derecho Hipotecario*, Edit. Bosch, Barcelona, 1968, volumen III, pág. 166.

(7) LA RICA, R.: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Edit. Aguilar, Madrid, 1945, pág. 122, critica igualmente el artículo 76 de la Ley Hipotecaria por estimarlo incompleto, señalando que “puesto que la Reforma ha admitido en régimen transitorio la caducidad de ciertas inscripciones (las de hipoteca), podía haber incluido también en el primer párrafo del artículo 77 la caducidad como medio en determinados casos de extinción de la inscripción”.

(8) No ajeno a esta distinción se mueve el pensamiento de LA RICA, *ob. y loc. cit.*, quien afirma que “la caducidad no es realmente medio formal de extinción de un asiento, sino causa jurídica determinante de su extinción, que ha de provocar un asiento o una nota de cancelación”.

de manifestarse una cosa». El concepto de modo es importante, como afirma FERRATER MORA (9), porque permite establecer—mediante la distinción llamada modal—distinciones entre una entidad y algunas de sus manifestaciones reales. Es decir, que los modos son las distintas maneras bajo las cuales puede manifestarse una entidad, las modificaciones reales que el ente puede adoptar, y desde este punto de vista, los modos de extinción de los asientos registrales entrañan las formas o maneras de manifestarse la entidad extinción de asientos.

La causa, por el contrario, hace referencia únicamente al motivo o razón de una entidad y, en su consecuencia, refiriéndola a la teoría de la extinción de los asientos registrales, su connotación queda limitada a los motivos por los cuales se produce una extinción de asientos.

Los modos, pues, hacen referencia a las modificaciones reales que puede adoptar la entidad extinción, mientras que las causas hacen referencia a los motivos objetivos por los cuales aquélla se produce.

Instrumentando estas dos ideas dentro del sistema hipotecario podemos afirmar que la extinción de los asientos se inicia por la concurrencia de una causa de extinción, que produce el efecto típico de la extinción del asiento; pero esta extinción necesita una manifestación externa, una realidad que la haga visible y cognoscible por todos; esta manifestación externa es el modo de extinción. Esquemáticamente, la extinción de un asiento del Registro puede representarse en la siguiente serie:

CAUSA ————— EFECTO ————— MODO

La veracidad de este planteamiento se comprueba contratando el modelo construido con los supuestos concretos recogidos en la ley. Así, si tomamos, a título de ejemplo, el supuesto recogido en el número 1 del artículo 79 de la ley, vemos que en él se cumplen los tres momentos de la serie señalada: una causa de extinción, la desaparición por completo del inmueble; un efecto típico, la extinción del asiento, y, en fin, un modo de hacer constar registralmente la extinción, la cancelación.

De esta forma, modos de extinción de los asientos registrales sólo existen en nuestro Derecho los tres siguientes: cancelación, conversión e inscripción o anotación de transferencia (10). Causas, sin embargo, existen muchas más; causas son todos los supuestos de nulidad de asien-

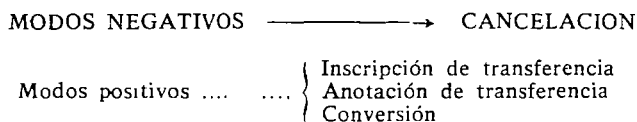
(9) FERRATER MORA, J.: *Diccionario de Filosofía*, Edit. Sudamericana, 5.^a edición, Buenos Aires, 1965, voz modo.

(10) La Resolución de 22 de julio de 1874 mantuvo también esta concepción restrictiva al expresar que las inscripciones y anotaciones se extinguen por la transmisión del derecho inscrito, por la conversión de las anotaciones en inscripciones y por la cancelación. Eliminaba, como vemos, la caducidad entre los medios de extinción de asientos. Véase igualmente las Resoluciones de 26 de julio de 1876 y 25 de febrero de 1878.

tos, caducidad, extinción de fincas o derechos inscritos, rectificación del Registro, etc.

En este sentido resultan, pues, criticables los artículos 76 y 77, ya que ni recogen todas las causas de extinción de asientos, con lo cual resultan incompletos, ni incluyen solamente los modos de extinción, con lo cual resultan acientíficos, sino que, por el contrario, enumeran, junto a los modos de extinción propios, una causa: la caducidad, y esto no debe admitirse en una ley siquiera con mínimas aspiraciones técnicas, toda vez que la caducidad no puede bajo ningún criterio estricto ser incluida dentro de los modos de extinción de los asientos (11).

Podemos, pues, concretar los modos de extinción de los asientos registrales a los ya dichos de cancelación, conversión e inscripción o anotación de transferencia, y si elegimos para su clasificación como criterio distintivo el de sus distintas consecuencias jurídicas, podemos agruparlos en el siguiente esquema:



Denominamos modos positivos a aquellos que extinguen los asientos registrales haciendo o bien que el derecho contenido en ellos pase a un nuevo titular, o bien transformando el asiento que extinguen en otro nuevo afianzando la cobertura formal del derecho registrado. Denominamos negativos, por el contrario, a aquellos que extinguen el asiento sin ulteriores pronunciamientos en torno a los derechos recogidos en él. Los positivos entrañan la modificación de una situación registral; los negativos, su eliminación; aquéllos permiten que el asiento extinguido continúe formando parte del historial jurídico de la finca, mientras que éstos

(11) Y es que, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, para que alguna modificación real de una entidad pueda ser calificada como modalidad de la misma es necesario que constituya una forma o manera de existir ésta, es preciso que sea una manifestación real de la misma, y la caducidad no es ninguna forma de manifestarse la entidad "extinción" de asientos, pues requiere como complementaria un modo: la cancelación. Y esto resulta verdadero aun cuando la Resolución de 9 de noviembre de 1955 determine que la caducidad produce la extinción de los asientos sin necesidad de operación registral, y por ello, aunque no se haya extendido la nota marginal correspondiente, el asiento caducado no podrá producir efectos, pues la producción o no de efectos es cuestión distinta de la relativa a los modos de extinción de asientos registrales, y, además, porque basta un somero examen de los textos legales para comprobar cómo éstos imponen la cancelación en todos los supuestos de asientos caducados. Vid. artículo 107 de la Ley y 206, número 12, y 298 del Reglamento.

suponen la supresión absoluta del asiento, tanto en el orden del pasado como en el del futuro.

Expuestas así las bases y motivaciones de nuestra concepción de los modos de extinción de los asientos del Registro y su distinción de las causas pasamos a estudiar particularmente cada uno de ellos, comenzando nuestra exposición por los que hemos denominado negativos.

MODOS NEGATIVOS DE EXTINGUIR LOS ASIENTOS DEL REGISTRO: LA CANCELACION

Ideas generales

BARRACHINA (12) afirma que la palabra cancelación está tomada de la latina *cancellatio*, que significa limitación o término de los campos; sin embargo, este significado primero puede precisarse aún más acudiendo a otros textos. Así, el diccionario latino español de RAIMUNDO MIGUEL (13) puntualiza que *cancellatio* proviene, a su vez, del verbo *cancello*, cuya primera acepción tiene el sentido de rodear de una reja, zarzo o balaustrada, y en su segunda acepción equivale a tachar el signo de un instrumento público, anularlo. Si contemplamos la palabra sin contexto, cualquiera de estas dos significaciones es igualmente válida, porque ambas forman parte del campo semasiológico del término; pero utilizándola en un contexto jurídico es evidente que la segunda de las acepciones es más apropiada, aunque de todas formas este precedente latino no pueda fundar el contenido jurídico del vocablo, pues éste, en su evolución y cristalización científica, ha experimentado un proceso de pérdida de parte de su significado originario y de concreción en término técnico jurídico, cuyo verdadero sentido es el único que puede importar a una indagación hipotecaria.

Como punto de partida para un estudio del significado jurídico procede examinar el uso y sentido atribuido al término por los tratadistas hipotecarios; procede, en definitiva, estudiar el término dentro de un contexto jurídico, pues ya es sabido que en los lenguajes naturales el significado de las expresiones depende tediosamente del contexto (14).

(12) BARRACHINA, F.: *Derecho Hipotecario y Notarial*, Armengot e Hijos, Castellón, 1910, pág. 287.

(13) MIGUEL, R.: *Diccionario latino-español*. Voz "cancello".

(14) MATES, B.: *Lógica matemática elemental*, trad. esp., Edit. Tecnos, Sociedad Anónima, Madrid, 1970, pág. 89.

ARAGONÉS (15) hace equivalente la palabra «cancelación» a borrar y hacer morir las inscripciones.

BARRACHINA (16) entiende que cancelar es como pasar la esponja total o parcialmente sobre la inscripción feneciendo ésta.

MORELL (17) considera que cancelar es siempre romper, anular, borrar, extinguir, dejar sin efecto algo anterior preexistente, ya se refiera al derecho mismo o al asiento en que este derecho aparecía consignado.

ROCA (18) estima como válida la equivalencia: cancelar/desregistrar, y que el asiento de cancelación «borra o aniquila formalmente la existencia del asiento cancelado, es decir, a los solos efectos tabulares, con el resultado de quedar los mismos como si dejaran de publicar con valor jurídico lo que registralmente consta en los libros, esto es, como si lo registrado dejara de estarlo a pesar de existir la materialidad documentada del asiento cancelado» (19), e igualmente, que «la cancelación desinscribe» (20).

Antes de sacar ninguna conclusión de este primer acercamiento al contexto jurídico debemos completarlo, para un estudio global del sentido del término, con una referencia al uso jurisprudencial del mismo; pero para no hacer excesivamente monótona esta indagación vamos a limitarnos a la enumeración de dos únicos paradigmas, ya que en ellos late la concepción general de toda la jurisprudencia sobre la materia. Son éstos: la resolución de 27 de diciembre de 1945 y la sentencia de 28 de octubre de 1963.

La primera de ellas expresa que los efectos de la cancelación no son otros que «tachar, borrar o dejar hipotecariamente sin vida los derechos inscritos» (21).

La segunda sostiene que la «cancelación es la extinción de la inscripción, que deja sin efecto o produce el aniquilamiento de un asiento del Registro».

(15) ARAGONÉS, P.: *Ob. cit.*, pág. 294. Literalmente dice este autor que "sentado que la inscripción, mientras subsista, produce efectos, es de absoluta necesidad que cuando ésta inscripción no representa la realidad de los hechos, cuando no sea fiel reflejo de lo que es, quede muerta y se borre. que a tanto equivale la frase cancelación".

(16) BARRACHINA, F.: *Ob. cit.*, pág. 283.

(17) MORELL, J.: *Ob. cit.*, pág. 369.

(18) ROCA, R. M.: *Ob. cit.*, pág. 236, vol. III.

(19) ROCA, R. M.: *Ob. y loc. cit.*, pág. 234.

(20) ROCA, R. M.: *Ob. y loc. cit.*, pág. 242.

(21) El párrafo completo de esta Resolución reza como sigue: "En buenos principios hipotecarios no parecen admisibles cancelaciones sujetas a limitación o condicionamiento, ya que los asientos de esta clase, por su carácter absoluto, por su finalidad y por sus efectos, que no son otros que tachar, borrar o dejar hipotecariamente sin vida los derechos inscritos, no consienten la simultaneidad de la extinción y la existencia."

Como puede observarse, todos estos usos y significaciones, tanto doctrinales como jurisprudenciales, incluyen como sustancia semántica común el tema «borrar» o «eliminar» una situación registral previa, y en este orden de ideas puede considerarse la cancelación como equivalente al acto de borrar una situación registral, de desinscribir, tipificando, pues, la cancelación, y diferenciándola de los demás modos de extinción de los asientos registrales la nota de borrar y tachar.

El asiento posterior de transferencia y la conversión, como hemos de ver más ampliamente, extinguen los asientos, pero no en el sentido de hacerlos desaparecer del folio registral, sino en el de dejarlos subsistentes, al menos; en el sentido de integrar el contenido o historial jurídico de la finca, aunque de hecho y *strictu sensu* carezcan de vigencia actual. Las cancelaciones, por el contrario, los hacen desaparecer, tanto en orden al presente como al pasado. Un asiento cancelado es como si nunca hubiera existido, pues el asiento de cancelación se une al asiento cancelado formando un todo indivisible, que hace, además, que el conjunto entero deba estimarse como no existente y como si nunca hubiera existido a todos los efectos legales. La cancelación es, por tanto, el modo más fuerte de extinción de los asientos.

Ahora bien, esta primera noción de la cancelación, nacida de un mero acercamiento semántico-contextual, debe ser completada con una investigación de tipo sistemático, es decir, una investigación que incluya la cancelación dentro del total sistema hipotecario, pues sólo en virtud de ella podremos comprender la finalidad, funcionamientos y relaciones que la unen a los demás elementos del conjunto.

En nuestro Derecho, el sistema hipotecario ha sido concebido como un universo superpuesto o añadido al de la realidad, un universo que tomando a ésta como modelo pretende reflejar todas sus mutaciones jurídicas a base de construir un conjunto de operaciones formales simétricas con las modificaciones del mundo real. De esta manera, paralelamente a los estados de nacimiento y extinción de los derechos propios de la realidad, el sistema hipotecario ha construido los estados límites de «lo inscrito» y «lo cancelado» y dos operaciones formales que producen ambos estados: la inscripción y la cancelación.

De esta forma, dentro del sistema, la cancelación enriquece extraordinariamente su contenido, pues de simple estado de borrado o tachado pasa a significar, además, la operación formal que produce aquel estado; aparece así dentro del sistema como portadora de una denotación múltiple, pues comprende dentro del campo de extensión de sus significaciones, por una parte, la idea de un asiento del registro de carácter negativo,

un modo de hacer constar formalmente la extinción de otros, y, por otra, una operación registral creadora de estado: lo cancelado.

El estado de cancelado y su complementario, el estado de inscrito, constituyen los estados finales del movimiento de reflexión del universo real en el universo formal, y que aun siendo estados de reflexión, dada la independencia con que nuestro Derecho ha construido el sistema hipotecario, adquieren virtualidad propia y se constituyen en entes vivientes *per se*, en entidades que cierran el sistema registral en sus límites superior e inferior, y cuya delimitación exige un estudio conjunto con su concepto complementario, ya que ambos, constituyen lo que los matemáticos denominarían un grupo cíclico de dos elementos, en el que cada uno de sus componentes adquiere significado en función del otro.

En este orden de ideas, si superponemos al lenguaje natural un lenguaje formal y denominamos al estado de inscripción «estado p» o simplemente «p», el estado de cancelación necesariamente—por todo lo que llevamos expresado—debemos denominarlo «estado no p» o simplemente «—p». Ambos estados «p» y «—p» son estables en cuanto que sin una fuerza exterior que los modifique subsisten indefinidamente, pero ambos son transformables, puesto que cada uno de ellos puede dar paso a su complementario, toda vez que lo inscrito puede ser cancelado, y lo cancelado o desregistrado, inscrito. Ahora bien, para que una de estas transformaciones pueda tener lugar es necesario que entre en juego una operación de cancelación o inscripción.

Para desmontar el mecanismo de estas operaciones y comprobar su funcionamiento pormenorizado y formalizado vamos a seguir fundamentalmente las ideas de VON WRIGHT relativas a la lógica del cambio y de la acción. Propone VON WRIGHT un formalismo especialmente adaptado a las expresiones indicativas de un cambio y así señala: «Digamos que 'p' significa que una determinada ventana está abierta. —p entonces significa que esta misma ventana está cerrada (no abierta). —pTp de nuevo significa que la ventana ha sido abierta; en sentido estricto: que un mundo en que esta ventana está cerrada cambia o se transforma en un mundo en que esta ventana está abierta. Análogamente, pT — p significa que la ventana está siendo cerrada (se está cerrando). Podríamos decir también que —pTp describe el suceso llamado la apertura de la ventana, y que pT — p describe el suceso llamado el cierre de la ventana» (22).

Acceptando este lenguaje formal para nuestro estudio tendríamos

(22) VON WRIGHT, H.: *Norma y Acción. Una investigación lógica*, traducción española, Edit. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 47. Véase también del mismo autor *An essay in Deontic Logic and the general theory of action*. Acta Philosophica Phennica. Fascículo XXI, North Holland Publishing Company. Amsterdam, 1972, especialmente en sus págs. 37 y ss.

que el hecho de inscribir un título o derecho en el Registro podría simbolizarse de la siguiente manera:

$$-pTp$$

Es decir, un estado de derecho no inscrito, un estado $-p$, se transforma en un estado de derecho inscrito, es decir, en un estado «p». La fórmula $-pTp$ reflejaría la entera operación registral, mientras que la letra «p», el último término de la fórmula, expresaría el estado final del proceso.

De manera análoga, el supuesto de cancelación sería una operación que presentando una estructura similar a la anterior, toma como estados previo y final de la misma los complementarios de la anterior, es decir, un estado «p» como previo, y un estado « $-p$ » como final. Esto es:

$$pT - p$$

Los estados finales del movimiento de transformación son, como vemos, los ya conocidos convencionalmente como los de inscrito y cancelado, aunque su presentación sea ahora simbólica, y la operación que conduce de uno a otro es una única operación—la denominaremos operación T para no salirnos de la simbología iniciada—que destruyendo o borrando totalmente un estado registral previo lo sustituye por otro de signo opuesto. La unicidad de la operación y la interdefinibilidad de los estados se comprueba fácilmente si sometemos un estado cualquiera a un doble proceso de transformación, pues de la misma manera que cerrar una ventana para volver a abrirla a continuación es regresar al estado inicial, inscribir para inmediatamente cancelar es volver a un estado de no inscripción. El conjunto de esta doble operación sucesiva podemos representarla de la siguiente forma:

$$(-pTp) \cdot (pT - p) \quad (23)$$

en la que se ve que el estado final y el inicial es idéntico (24).

(23) Esta doble transformación se observa dentro del sistema hipotecario en el supuesto, por ejemplo, de inmatriculación de fincas en base al artículo 205 de la Ley y su cancelación posterior en el caso de acreditarse la publicación del edicto.

(24) CAMY, B.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Pamplona, 1969, pág. 575, vol. I, se mueve en un orden de ideas no muy lejano al nuestro, pues al hablar del asiento de inscripción afirma: "se ha dicho incluso que la legislación hipotecaria lo utiliza—se refiere al asiento de inscripción—en significados bastante distintos entre sí, según el artículo de que se trate, y este reproche hay que reconocer que es fundado hasta cierto punto, ya que, sobre todo, las cancelaciones han sido comprendidas dentro del término inscripciones al ser utilizado éste en la mayoría de los preceptos, si bien hay que reconocer que ello puede ser debido a que

Por todo lo dicho podemos considerar la cancelación como un término para expresar abreviadamente la operación «T», que actuando sobre un estado de registro positivo da lugar a la destrucción de éste y a su sustitución por otro negativo, es decir, podemos aceptar como válida la siguiente definición formalizada:

Def. Cancelación = $pT - p$

En ella están presentes los dos aspectos que hemos venido distinguiendo dentro del concepto de cancelación: operación registral que destruye un estado del Registro, si contemplamos la totalidad de la fórmula, y la cancelación como estado de cancelado, si contemplamos únicamente el segundo término de la misma. Una objeción general podría oponerse a todo este planteamiento y es la de que hemos tratado unitariamente los estados negativos de Registro no distinguiendo que éstos pueden tener un doble origen: abstención de inscribir o cancelación de lo inscrito, y este doble origen puede imponer distintas consecuencias jurídicas.

En nuestra opinión, creemos que no existe base jurídica suficiente para atribuir distintos efectos a ambos estados negativos, pues tanto de la investigación semántica como de la jurídico contextual obtuvimos como significado de la palabra cancelación el de «borrar», «tachar» o «desinscribir», y si éste ha de ser el resultado del término, el resultado de la operación de cancelar es el de producir el estado de «tachado», «borrado» o «desinscrito», y entre lo no inscrito y lo «borrado» o «desinscrito» no existe diferencia de estado, sino de actividad que los origina: una abstención, en el primer supuesto, y una acción, en el segundo, y en el plano formal a un mismo estado registral se han de atribuir idénticos efectos jurídicos, cualquiera que sea el comportamiento humano que lo haya originado.

EXTENSION DE LAS CANCELACIONES

Si en el plano de la connotación las cancelaciones remiten a la operación «T», que aplicada a un estado positivo de Registro lo destruye dando paso a un estado negativo, desde el punto de vista de la

inscripciones y cancelaciones no sean más que dos aspectos o caras de un mismo asiento principal: uno el aspecto positivo y otro el negativo", y más adelante, página 576, que "no es posible diferenciar las inscripciones de las cancelaciones, sino sólo porque aquellas tienen un contenido positivo que en éstas se transforma en negativo".

extensión de la operación, en una primera aproximación, puede decirse que las cancelaciones se predicán de toda situación positiva, es decir, que se pueden aplicar a un estado de inscripción, anotación preventiva e incluso de asiento de presentación y nota marginal.

La Ley Hipotecaria dedica a las cancelaciones el título VI y aunque su rúbrica general menciona únicamente las inscripciones y anotaciones preventivas, la aplicación de este modo de extinción de asientos es más extensa, pues en otros lugares de la Ley y el Reglamento se hace referencia expresa a la cancelación de notas marginales y asientos de presentación (25).

Para determinar, pues, la extensión de las cancelaciones es necesario concretar cuáles son los presupuestos que éstas requieren para que entre en juego el efecto extintivo que las caracteriza, y en este sentido se puede señalar un único presupuesto: la preexistencia de un estado registral previo y positivo.

Dice MORELL (26), en este orden de ideas, que «para declarar la muerte de un derecho es preciso que en el Registro conste su existencia, esto es, aparezca con vida. Consecuencia de tal principio es que no se puede cancelar una inscripción que en el Registro existió, pero que en el mismo Registro se declaró la extinguida», y este párrafo, una vez sustituida la frase «declarar la muerte de un derecho» por la más apropiada de «declarar la muerte de un asiento», toda vez que la muerte de los derechos se desarrolla en el plano del derecho sustantivo, resulta esclarecedor, pues delimita el área de aplicación de la cancelación remitiéndola a la esfera de la extinción de estados positivos de Registro.

Esta necesidad y dependencia de la cancelación de un estado positivo de Registro puede expresarse simbólicamente en la siguiente expresión:

$$(pT - p) \Rightarrow p$$

Es decir, que la transformación de un estado positivo de Registro a otro negativo puede tener lugar si sólo existe un estado previo positivo.

Ahora bien, como dentro de los dos estados registrales límites, el positivo y el negativo, se comprenden diversas subclases, puesto que el estado positivo incluye los de inscrito, anotado y de nota marginal, y el

(25) Así, el artículo 107 de la Ley sanciona que "transcurridos sesenta días desde la vigencia del asiento de presentación sin haberse tomado anotación preventiva, subsanado los defectos, interpuesto recurso ni formulada consulta sobre liquidación del impuesto, se cancelará de oficio y por nota marginal el asiento de presentación", y el 189 del Reglamento que "las notas marginales que consignen circunstancias o hechos que impliquen adquisición, modificación o extinción de los derechos inscritos se cancelarán por medio de otra nota marginal, extendida lo más cerca posible de la nota que se cancele".

(26) MORELL, J.: *Ob. cit.*, pág. 371, vol. III.

negativo, los de cancelado y extinguido por inscripción o anotación de transferencia y por conversión, es preciso examinar cada uno de estos estados como posibles constitutivos previos sobre los que actúe una cancelación, y puesto que los positivos no plantean ningún tipo de problema, pues, evidentemente, todos ellos pueden constituir el presupuesto que una cancelación exige, vamos a fijarnos exclusivamente en los negativos.

CANCELACION DE ASIENTOS EXTINGUIDOS POR INSCRIPCION O ANOTACION DE TRANSFERENCIA O POR CONVERSION

En nuestra construcción, la extinción por inscripción o anotación de transferencia y por conversión se diferencia de la extinción por cancelación en el plano de los efectos, pues un asiento extinguido por cancelación es un asiento borrado, un asiento no existente a todos los efectos legales, mientras que un asiento extinguido por conversión o por transferencia, como veremos más adelante, continúa integrando el contenido del Registro. Esta dualidad de situaciones en el plano de la teoría implicaría que no exista nada intrínsecamente contradictorio en la cancelación de asientos extinguidos por conversión o por transferencia—cancelación de estados negativos débiles—, ya que éstos, en virtud de la operación canceladora desaparecerían completamente de los libros registrales. Sin embargo, en el plano del Derecho positivo, basado éste únicamente en la dicotomía de asiento vigente y asiento extinguido y, por tanto, en los estados límites positivo y negativo, una vez obtenido un estado negativo, cualquiera que sea el modo que éste haya adoptado para su manifestación carece de sentido someterlo a una operación de cancelación. Así lo reconoció expresamente, para las inscripciones extinguidas por transferencia, la Dirección General en distintas resoluciones, entre las que podemos señalar como más representativas las de 5 de abril de 1881, 21 de noviembre de 1884, 21 de junio de 1889, 26 de junio de 1916 y 29 de enero y 8 de agosto de 1940. Y esta doctrina, aunque se refiere exclusivamente a las inscripciones extinguidas por transferencia, puede igualmente aplicarse a los asientos extinguidos por conversión, toda vez que la *ratio legis* es idéntica.

LA OPERACION DE CANCELACION Y LOS ASIENTOS CANCELADOS

Los estados negativos que podemos denominar «fuertes» pueden tener su origen en una abstención de inscribir o bien en una operación de

cancelación, y aunque los efectos jurídicos generales de uno y otro no presentan diferencias, en la materia que ahora vamos a estudiar su distinto origen adquiere una importancia, siquiera leve y transitoria. Así, si el supuesto de someter a un estado negativo nacido de una operación de cancelación previa a una nueva operación de cancelación carece de sentido y hasta pudiera sostenerse es lógicamente imposible, pues el resultado que se pretende obtener ya está obtenido, cuando se trata de estados negativos nacidos de una mera abstención de inscribir, la Dirección General ha sostenido una curiosa doctrina, que permitió la cancelación de asientos no practicados, a condición de que previamente se practicaran las inscripciones, y esto a través de dos soluciones distintas:

1) Efectuar previamente la inscripción en virtud de los títulos adecuados para ello y acto seguido proceder a su cancelación. Esta postura fue adoptada por la resolución de 20 de julio y 11 de septiembre de 1863, 7 de diciembre de 1863 y 14 de febrero de 1871.

2) Efectuar la inscripción en virtud de los mismos títulos en los que se solicitaba la cancelación. Esta postura fue mantenida por la resolución de 21 de marzo de 1864 y por el artículo 6 del Decreto de 22 de diciembre de 1868.

Esta doctrina, aunque paradójica, no rompe la estructura general del sistema, pues no postulaba someter a un estado negativo de Registro una pura y simple operación de cancelación, sino que, por el contrario, imponía el camino indirecto de destruir el estado negativo para obtener uno positivo e inmediatamente destruir este último.

La operación, en su complejo funcionamiento, podía representarse en la siguiente fórmula:

$$(\neg pTp) \cdot (pT - p)$$

El resultado final de la operación completa es el mismo que existía en su comienzo, pero entre uno y otro se han sucedido dos operaciones «T», que complementándose han mantenido sin variación el estado registral.

El fundamento de tan compleja doctrina jurisprudencial y legal debe buscarse en el hecho de que tratándose de los primeros años de vigencia de la Ley Hipotecaria coexistían con la legalidad nueva implantada **numerosas situaciones nacidas bajo el sistema anterior de clandestinidad** y, por tanto, coexistían hipotecas inscritas con no inscritas—y lo mismo sucedería con los demás tipos de gravámenes—, considerándose entonces más conveniente cancelar expresamente aquellas hipotecas que, aunque no inscritas, existían en la realidad, que adoptar el sistema de igno-

rarlas por no estar inscritas, ya que esto podía inducir a confusión y vacilaciones. Pero hoy, superado plenamente el período transitorio, carece de sentido mantener la teoría.

Cuestión íntimamente ligada con las anteriores es la denominada convencionalmente de cancelación de una cancelación, es decir, de no cancelar asientos cancelados, sino de cancelar propiamente una cancelación, de extinguir una cancelación.

Si acudimos a la legalidad vigente, la posibilidad de este tipo de transformaciones es evidente, ya que el artículo 103 de la Ley determina que toda cancelación practicada con omisión de los requisitos que en el mismo se indican devendrá nula, y ante un asiento nulo, el artículo 53 del Reglamento impone como norma general su cancelación.

Ahora bien, estos supuestos plantean dentro de la construcción que estamos realizando un problema de indudable importancia, pues admitir pura y simplemente la cancelación de una cancelación resulta contradictorio con el axioma aceptado de que la operación de cancelación sólo puede tener lugar respecto de estados positivos de Registro —(pT — p) → p—; por tanto, es preciso hacer algunas puntualizaciones, que permitan mantener la consistencia del sistema.

Para nosotros, ya lo hemos expuesto, la operación «T» es una única operación con dos resultados opuestos, según la situación registral previa que tome como punto de partida, y que aun siendo una única operación, la contemplación de los dos opuestos estados registrales que en ella se producen ha llevado convencionalmente a atribuirle dos denominaciones distintas, según el estado final que se produzca: inscripción, si es positivo, y cancelación, si es negativo. Esta unidad de la operación «T» y la dualidad de los estados que en ella se originaban nos sugirió su expresión formal bajo las dos fórmulas de — pTp y pT — p, para los dos supuestos de inscripción y cancelación.

Pues bien, partiendo de estos presupuestos podemos estimar que la dificultad que parecen oponer las cancelaciones de cancelaciones nace de una defectuosa o incompleta comprensión de la primera de estas fórmulas.

Es un principio de lógica elemental que una fórmula puede presentarse bajo diversas visualizaciones o representaciones gráficas, siempre que todas ellas tengan el mismo valor de verdad. En su consecuencia, la fórmula — pTp admite, en virtud de la regla de la doble negación, junto a la representación ya conocida, esta otra manifestación: — pT — — p, la cual es equivalente en todo a la anterior, pues si la primera significa que un estado negativo se transforma en otro positivo, la segunda expresa

que un estado negativo se transforma en otro no negativo, lo cual no son, sin duda, más que dos maneras de decir la misma cosa, aunque la segunda resulte más artificiosa.

De estas dos representaciones gráficas de la misma fórmula, la segunda, sin duda, corresponde a la operación de cancelar una cancelación, puesto que lo que en esta operación se produce es la destrucción de un estado negativo, y esta destrucción sólo puede tener como resultado la creación de un estado positivo que le sustituya. En su consecuencia, esta transformación, aunque se denomine convencionalmente cancelación de una cancelación, en el fondo es una operación de inscripción.

EFFECTOS DE LAS CANCELACIONES

El efecto general de las cancelaciones es que constituyen un modo de extinguir los asientos o estados registrales (27), pero esta extinción está modalizada por los efectos jurídicos que produce, y puesto que hemos venido distinguiendo entre operación de cancelar y estado de cancelado debemos estudiar los efectos desde estos dos puntos de vista.

La cancelación, como operación registral, produce, como efecto primigenio, el de destruir un estado registral: de la misma forma que inscribir es la actividad que conduce al estado de inscrito, cancelar es la actividad cuyo estado final es el de cancelado. Se inscribe por medio de una inscripción y se cancela por una cancelación. La inscripción es la operación que realiza la función positiva; la cancelación, la que realiza la negativa: borrar los asientos del Registro, y sus efectos son todos negativos, pues aunque, como expone LÓPEZ DE HARO (28), las cancelaciones hacen «quizá *ipso facto* que renazca o acrezca otro derecho anterior inscrito», este renacimiento no es efecto directo de la cancelación, sino solamente su reflejo, reflejo que nace de la supresión de una titularidad. Es decir, se trata de un efecto de salto atrás, pues la cancelación, al extinguir un estado registral, da lugar al nacimiento de un estado anterior si éste existiera, pero frente al estado registral al que se aplica, la extinción es completa, y su desaparición del Registro, total.

(27) En nuestra opinión, decir que algo es un modo de extinguir un asiento del registro equivale a afirmar que es un modo de extinguir un estado registral, pues, en definitiva, un asiento no es otra cosa, sino la manera de reflejarse un estado. El concepto de asiento debe estimarse como meramente material y connotar únicamente el medio de representar un estado registral y la forma convencional de efectuar aquélla; desde el momento que se hable de efectos jurídicos se estará ya en otro plano: el de los estados registrales.

(28) LÓPEZ DE HARO: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Edit. Reus, Madrid, 1918, pág. 143.

Aplicada una operación de cancelación a un estado de Registro positivo, éste desaparece completamente de los libros, de tal forma que su contenido ya no podrá servir de fundamento ni siquiera para la calificación registral de un título (resolución de 12 de julio de 1956).

Como estado, el de cancelado comparte con el de inscrito el carácter de definitivo, absoluto y principal (29), pero se diferencian por su contenido específico, ya que el primero lo tiene positivo, mientras que el segundo lo tiene negativo. El estado de cancelado, además, no admite condicionamiento ni limitación alguna (30).

La cancelación, tanto como operación registral como en su consideración de estado registral nacido de aquélla, manifiesta sus efectos exclusivamente en la esfera formal, y si se siguen algunas consecuencias de Derecho sustantivo éstas son impuestas por la Ley como una manifestación más del ideal de isomorfia entre el Registro y la realidad que se quiere mantener por el sistema, pues, como afirma ROCA, «la vida o subsistencia del derecho inscrito es, pues, en cierta manera, independiente de la cancelación del asiento que lo publica...», y que «hay cierta autonomía entre la entidad registral (asiento) y la entidad jurídica propiamente dicha (derecho real), pudiéndose desconectar fácilmente el derecho inscrito de su cobertura registral».

MODOS POSITIVOS DE EXTINGUIR LOS ASIENTOS DEL REGISTRO: LA INSCRIPCION DE TRANSFERENCIA

Junto a la operación registral, que entraña una ruptura o aniquilamiento de una situación previa—cancelación—, existen otros dos tipos de operaciones, que extinguiendo, igualmente, los estados registrales previos no los borran totalmente, sino que éstos continúan integrando el contenido del Registro en cuanto sirven de apoyo y fundamento para un adecuado juego de los principios hipotecarios. Estas operaciones son las que hemos denominado modos positivos de extinción de asientos: la inscripción o anotación de transferencia y la conversión. En ambos

(29) ROCA, R. M.: *Ob. cit.*, pág. 236, vol. III, atribuye a las cancelaciones un carácter accesorio en oposición a las inscripciones, a las que atribuye un carácter principal; pero para nosotros no resulta evidente esta característica, sobre todo desde el punto de vista funcional, pues entendemos que es tan principal la operación de llevar al Registro un derecho como aquella otra que lo hace salir de él.

(30) Vid. la Resolución de 27 de diciembre de 1945, ya citada.

supuestos, la extinción se produce no por destrucción del estado previo y su sustitución por el correlativo opuesto, sino por adición de otro positivo, que tomando su sustancia y fundamento en el precedente, lo extingue.

Estudiando, en primer término, la operación de transferencia podemos afirmar que ésta, en su consideración del modo de extinguir asientos registrales, requiere como presupuesto dos estados de registro positivos y una relación—relación de transferencia—que los una.

Evidentemente, si contemplamos una serie registral nos encontramos con una sucesión de estados ligados entre sí por relaciones de modificación jurídica. Propiamente, cada estado se liga al que le precede modificando bien el elemento base de la relación, es decir, la finca; bien el elemento jurídico, o sea, el derecho amparado en él, o bien el elemento subjetivo, esto es, el titular de la relación jurídica (32). Ahora bien, como la operación de extinción por transferencia se caracteriza por extinguir un estado registral en virtud de la adición de otro posterior, que modifica al primero, resulta ineludible hacer algunas consideraciones en torno a las modificaciones jurídicas que un estado registral puede experimentar como consecuencia de la adición de otro posterior.

Tres elementos principales pueden distinguirse en un estado registral: la finca, el derecho y el titular, y cada uno de ellos puede, a su vez, ser objeto de modificaciones de diversa índole. Así, el elemento finca puede experimentar alteraciones que aumenten su extensión, la disminuyan o, en fin, la hagan desaparecer por completo; en estos supuestos, el asiento posterior se relaciona con el anterior modificando el elemento físico, el soporte de los derechos, y las operaciones registrales a efectuar serían entonces la inmatriculación o la cancelación total o parcial. El elemento derecho, a su vez, puede experimentar transformaciones que le lleven bien a su desintegración en derechos limitados, a su ampliación, o bien a su extinción total o parcial, y las operaciones registrales serían entonces la inscripción de los derechos limitados creados, una inscripción de ampliación o bien una cancelación. Y, en fin, el elemento titular puede ser objeto igualmente de una modificación, que se concrete en la sustitución de un titular por otro nuevo. Pues bien, esta modificación meramente subjetiva es la que constituye la extinción de asientos por transferencia.

Esquemáticamente, todas estas modificaciones pueden reflejarse en el siguiente cuadro:

(32) Vid. CAMY, B.: *Ob. cit.*, pág. 745, vol. V.

ELEMENTOS DEL ASIENTO PREVIO	MODIFICACIONES	NATURALEZA ASIENTO POSTERIOR
Finca	{ Aumento { Disminución { Desaparición	Inmatriculación Cancelación parcial Cancelación total
Derecho	{ Desmembración .. { Ampliación { Extinción	Inscripción Inscripción ampliación Cancelación
Titular	Cambio	Inscripción transferencia

Pues bien, para determinar en qué consiste este modo de extinguir estados registrales, que actúa por la mera modificación del elemento subjetivo del estado previo, debemos estudiar esa típica relación que liga a los asientos, relación que ya hemos denominado de transferencia.

La denotación del término transferencia es muy amplia, pues comprende los actos y efectos de transportar una cosa de un lugar a otro, traspasar a otro un derecho, extender la significación de una voz para que designe figuradamente otra distinta (33), pero su connotación, al menos su connotación convencional técnico-jurídica, limita extraordinariamente esta amplitud. En este sentido, transferir es únicamente trasladar un derecho de un titular a otro con total abstracción del elemento volitivo, del sujeto transferente y del adquirente.

Si esta idea la ponemos en relación con el artículo 76 de la Ley Hipotecaria, el asiento posterior de transferencia debe connotar únicamente a aquel asiento o estado registral que siendo posterior a uno dado y de la misma naturaleza que éste recoge, en su fondo, una modificación meramente subjetiva del anterior. Resultan, pues, tres notas típicas, que caracterizan la operación de transferencia de los derechos inscritos:

Identidad formal de los estados registrales.

Modificación subjetiva del estado previo.

Identidad de los demás elementos constitutivos del estado.

La identidad en la naturaleza formal de los estados registrales es una exigencia ontológica de la operación de transferencia. La esfera jurídica de la extinción de los asientos en su aspecto positivo viene determinado por dos modos irreductibles: la inscripción de transferencia y la conversión. Pues bien, es exigencia de la conversión, como veremos detalladamente más adelante, la supresión de una causa de inseguridad jurídica nacida de la propia naturaleza del asiento mediante la creación de otro nuevo distinto formalmente de aquél, mientras que la inscripción poste-

(33) Vid. CASARES, J.: *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*. Voz transferir.

rior de transferencia exige la perfecta identidad de los asientos, rigiendo como principio el que cualquiera que sea la especialidad del derecho registrado, para que el cambio de su titularidad entrañe una operación de transferencia, es necesario que el nuevo estado registral creado posea la misma estructura formal que aquél, y esto porque mientras la conversión es concebida como un modo extintivo nacido del lado formal de la relación, es decir, del plano del asiento propiamente dicho, la inscripción de transferencia, sin dejar de ser un modo extintivo de estados registrales, es entendida desde el plano de los elementos de contenido de la situación.

El artículo 76 de la Ley Hipotecaria sanciona esta identidad de estados registrales en la operación de transferencia al afirmar que «las inscripciones no se extinguen... sino... por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito», y poniendo en relación este artículo con el 77 de la misma Ley hay que entender que ambas menciones al término inscripción deben referirse exclusivamente a las inscripciones propiamente dichas, es decir, las inscripciones con asiento registral típico, y no mera referencia a cualquier tipo de asiento registral, y esto significa, en definitiva, una delimitación formal del área de desenvolvimiento de la operación de transferencia, pues una inscripción sólo extingue otra inscripción anterior, pero no otro tipo de asiento registral, con lo cual la relación de transferencia se configura como una relación entre iguales, a diferencia de las que se originan en las demás operaciones extintivas de asientos, que son fundamentalmente relaciones entre estados registrales de desigual rango, naturaleza y valor jurídico.

La segunda de las notas señaladas para calificar la operación de transferencia fue la modificación subjetiva del estado previo. Dos cuestiones se plantean al estudiar esta nota: la primera es determinar si esta alteración de titularidades requiere una relación jurídica inmediata entre los titulares de cada estado registral, y la segunda, determinar si en la operación de transferencia tendrá alguna trascendencia la voluntad de los titulares de cada estado. Comencemos nuestro examen por la primera de ellas.

De la inmediatez (34) puede hablarse en dos sentidos: en sentido formal y en sentido material. En sentido formal, la inmediatez hace referencia a relación entre estados registrales, y en este sentido existe

(34) He tenido que recurrir a la introducción del neologismo "inmediatez" por no haber encontrado una palabra completamente adecuada a la idea que quería expresar. "Inmediatez", ni siquiera es necesario indicarlo, hace referencia a la cualidad de inmediato.

en todos los supuestos de inscripción de transferencia, pues únicamente exige que entre el estado registral, que consagra una titularidad, y el siguiente, que consagra otra distinta, no se interponga ningún otro. En sentido material, la inmediatez hay que referirla al contenido de los asientos y estimar que existe cuando el titular de un estado de Registro es sustituido por otro en virtud de una relación jurídica en la que únicamente ellos hayan formado parte.

Un ejemplo aclarará el planteamiento. Dada una serie de estados registrales:

A ————— B ————— C ————— D

Si suponemos que cada uno de los titulares ha adquirido en virtud de un negocio jurídico celebrado con su antecesor, la relación de cada uno de éstos entre sí será inmediata, tanto formal como materialmente. Si, por el contrario, imaginamos que la cadena de inscripciones está rota por haber acudido al Registro alguna de las transmisiones intermedias, es decir, si a A suceden, pero no inscriben, B y C, al inscribir D su título—para lo cual necesitará reanudar el tracto sucesivo interrumpido—se encontrará materialmente sucediendo a C, de quien ha adquirido su derecho, pero formalmente será a A a quien suceda en la cadena registral. Materialmente, la sucesión será C-D, pero formalmente será A-D.

Inmediatez material y formal pueden, pues, no coincidir y la cuestión que esta discrepancia plantea es determinar si en la operación de transferencia es necesario que la inmediatez sea material y formal o bastara una de ellas únicamente.

La Ley Hipotecaria no proporciona criterio alguno de solución, pues se limita a enunciar la inscripción de transferencia como una de las formas de extinguir las inscripciones sin desarrollar este modo extintivo en ninguna norma específica. Sin embargo, contemplando el fenómeno de transferencia desde un punto de vista finalista y global, es decir, desde el punto de vista del funcionamiento de la operación, podemos llegar a una primera solución, y es que dado que la operación de transferencia ha sido concebida como un modo de extinguir estados registrales deben prevalecer las consideraciones formales sobre las materiales.

Descartando, pues, la inmediatez material resta únicamente determinar si puede, igualmente, prescindirse de la formal. En nuestra opinión, esto no es posible, toda vez que al construir la teoría de extinción de los estados registrales y preguntarnos cuál sea el estado registral que

extingue el posterior de transferencia hay que admitir que será el inmediato anterior incompatible y vigente (35).

Así, dada una serie sucesiva de asientos registrales:

A ————— B ————— C ————— D

La técnica registral exige que D extinga a C, y éste, a su vez, a B, y B a A, y esto porque la extinción supone la existencia, supuesto que sólo puede darse en el último asiento de la cadena, y por ello sólo a éste podrá extinguir el inmediato posterior que en el futuro le suceda.

La segunda de las cuestiones que hemos suscitado hacía referencia a las posibles consecuencias que el elemento voluntad pueda tener en la operación de transferencia, es decir, si es necesario que la transferencia del derecho de un titular a otro ha de ser voluntaria o basta simplemente que sea mera transferencia, esto es, paso del derecho.

Dados los términos estrictamente formales de toda la materia de extinción de estados registrales creemos que no existe campo alguno para que la voluntad desempeñe un papel determinante, y es que ni desde el punto de vista semántico—del latín *transferre*, pasar o llevar una cosa desde un lugar a otro—ni desde el punto de vista institucional puede estimarse a la voluntariedad como nota connotativa del término transferencia. Además, la cuestión relativa a los asientos o estados registrales y a los efectos que éstos han de producir es una cuestión de Derecho público (36), y de la misma manera que no pueden crearse nuevos tipos de asientos distintos a los reconocidos en la Ley, tampoco pueden atribuirse a éstos efectos distintos a los reconocidos por ésta. En su consecuencia, si el artículo 76 de la Ley sanciona la inscripción de transferencia como modo de extinguir las inscripciones, al no hacer ningún tipo de puntualización hay que aceptar que toda inscripción en la que se recoja una transferencia en la titularidad de otra anterior extinguirá ésta, cualquiera que sea la causa que la hubiera motivado y el papel que en ella haya desempeñado la voluntad de los titulares.

La última nota con que hemos calificado la operación de transferencia imponía la identidad de los demás elementos que intervienen en la operación. Esta nota implica que contemplada la operación de transferencia en su estricta virtualidad extintiva de estados registrales sólo la titularidad de éstos debe experimentar modificación, permane-

(35) La incompatibilidad y la vigencia son presupuestos de la operación de transferencia, pues sólo se puede extinguir lo que no está previamente ya extinguido—propiamente lo que está vigente—y lo que sea incompatible con el estado anterior, pues si los estados no resultan incompatibles no se extinguen y pueden ambos quedar subsistentes.

(36) Vid. Resolución de 4 de mayo de 1916.

ciendo los demás elementos sin cambio (37). Así, dada una situación registral determinada, la operación de transferencia modifica la titularidad, pero mantiene la identidad del derecho amparado por los asientos y la entidad física sobre la que ésta recae. Esta identidad viene impuesta por la consideración general de que toda la operación desarrolla su eficacia extintiva basada en la idea de incompatibilidad de titularidades.

EFFECTOS JURIDICOS DE LA OPERACION DE TRANSFERENCIA

La operación de transferencia produce dos efectos distintos, pero íntimamente ligados:

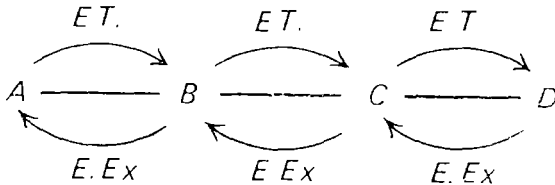
a) Un efecto traslativo innovativo: el contenido del estado registral se vierte en otro inmediato posterior que se crea.

b) Un efecto extintivo: el estado registral vacío de contenido actual se extingue.

Este complejo efecto, que denominaremos, abreviadamente, traslativo-extintivo, se produce por movimientos cíclicos, que comprenden pares ordenados de asientos. Así, dada una serie abierta de asientos:

A ————— B ————— C ————— D

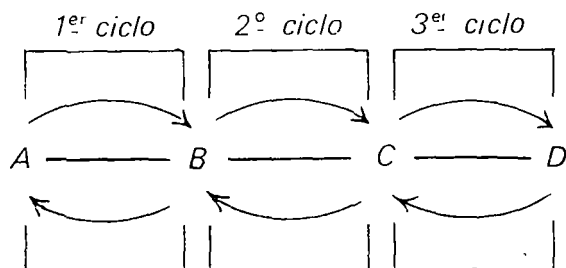
el efecto traslativo-extintivo se manifiesta de la siguiente forma:



Como puede verse, el efecto traslativo es un movimiento positivo hacia el futuro, mientras que el efecto extintivo es un movimiento que mira al pasado para extinguir la situación registral que le precede. Cada complejo traslativo-extintivo constituye un ciclo que conjuga un par

(37) No desconocemos la existencia de supuestos en los que, junto a una modificación de la titularidad, existe una alteración física de la finca inscrita —caso de una compraventa en la que, además, se hace constar un exceso de cabida—: sin embargo, estos supuestos no alteran en nada lo que llevamos expuesto porque en ellos la finca, aunque de mayor cabida, conserva su identidad, y además porque el efecto extintivo del estado registral anterior se produce por la transferencia y no por el exceso de cabida.

ordenado de estados registrales, de tal forma que el esquema completo de la operación de transferencia podría representarse entonces de la siguiente manera:



En él se ve que cada ciclo es completo en sí mismo, pero deja abierta la serie para que nuevos ciclos puedan sucederle, lo cual implica que la cadena registral no se cierra en su último extremo, sino que permanece abierta para que nuevos eslabones, nuevos estados registrales, se vayan sucediendo.

Si ahora, para mantenernos dentro del universo construido al estudiar la operación de cancelación, sustituimos la serie A, B, C, D, por la p, p_1, p_2, p_n , y la relación entre estados, representada por flechas, la denominamos «Tt»—transformación por transferencia—, el esquema anterior, que describía los efectos principales de la operación de transferencia, puede representarse en la siguiente serie:

$$(pTt p_1) \cdot (p_1 Tt p_2) \cdot (p_2 Tt p_3) \cdot \dots \cdot (p_{n-1} Tt p_n)$$

En ella se comprueba el carácter positivo de toda la operación registral, pues partiendo de estados positivos los sustituye por otros igualmente positivos de la misma naturaleza, que toman su fundamento y virtualidad en el precedente al que extinguen.

La operación «Tt» se configura así como una operación registral compleja, pues junto a la creación de un estado positivo de registro produce indirectamente la creación de otro negativo. De este doble resultado interesa aquí, dada la orientación general de este estudio, fijarse únicamente en su efecto extintivo, y concretamente, en determinar si el efecto extintivo que en él se produce es semejante al nacido de una operación de cancelación.

La mayor parte de la doctrina hipotecarista, aunque involucrando los conceptos de extinción de derechos y estados registrales, sostuvo que la extinción que se producía en las operaciones de cancelación⁴ y trans-

ferencia eran esencialmente distintos. Así, BARRACHINA (38) afirmó que las transferencias del dominio y de derechos reales «presuponen un derecho existente con estado hipotecario, merced al cual se prolonga, operándose un cambio de personas. El vendedor, por ejemplo, cede su puesto al comprador; éste continúa en el dominio de la cosa con todos los derechos que la integran. Aquí no hay más que un cambio de dueño», y respecto a las cancelaciones, que «en las cancelaciones el derecho no se prolonga, no hay ese cambio de personas, sino que se pasa la esponja total o parcialmente sobre la inscripción, feneciendo ésta en el primer caso y quedando lisiada en el segundo, de que es signo revelador la nota puesta al margen del asiento respectivo extendido en debida forma».

Desde el punto de vista formal encuentra BARRACHINA (39) otra diferencia importante cuando dice que «por virtud de la transferencia se practica la oportuna inscripción a nombre del adquirente del inmueble o derecho real, en tanto que por mérito de la cancelación se practica un asiento especial o la oportuna nota marginal, esta última prevenida en el artículo 91 del Reglamento».

ARAGONÉS (40), en quien la defectuosa terminología está aún más patente, señala que «en la cancelación por transferencia el derecho queda vivo; la inscripción en su fondo está vigente; el derecho que ella representa queda en igual forma y con los mismos efectos que en la nueva inscripción; la cancelación es sólo parcial y se refiere únicamente al sujeto, a la persona a cuyo favor estaba constituido el derecho, quedando borrado este ser, y en su lugar ha venido un nuevo propietario; aquél ha muerto y ha perdido su personalidad, que ha venido a sustituirla otro ser u otra persona», y en cuanto a las cancelaciones propiamente dichas afirma: «La cancelación significa no sólo que el sujeto ha perdido el derecho, sino también que este derecho ha quedado extinguido y, por consecuencia, los efectos son los naturales a la muerte o desaparición del sujeto y de la cosa.»

MORELL (41), por su parte, expresa que «uno y otro medio—la cancelación y la transferencia—representan pérdida de derechos; pero la pérdida en la cancelación significa al mismo tiempo la extinción de ese derecho, mientras que en la transferencia, el derecho, aun perdido para el transmitente, no se extingue, sino que subsiste a favor de la persona del adquirente».

(38) BARRACHINA, F.: *Ob. cit.*, pág. 283.

(39) BARRACHINA, F.: *Ob. cit.*, pág. 284.

(40) ARAGONÉS, P.: *Ob. cit.*, pág. 294.

(41) MORELL, J.: *Ob. cit.*, pág. 370, vol. III.

Con tecnicismo más apropiado y refiriéndose principalmente a los asientos registrales, CAMPUZANO (42) manifiesta que «en virtud de la transferencia se extingue el asiento a favor del transferente y, por tanto, la inscripción como continente; pero el derecho subsiste y se mantiene vivo en la otra inscripción que ha de practicarse a favor del que adquiere...; en la cancelación no sólo desaparece el continente o inscripción en que constan, sino que, igualmente, desaparece el contenido, o sea, el derecho inscrito».

Y, en fin, CAMY (43) precisa que «los efectos de la extinción por cambio de titularidad sólo son extintivos en cuanto a ella, pero conservativos en todo lo demás».

Para nosotros, la diferencia debe buscarse únicamente desde el punto de vista formal, desde el plano de la extinción de estados registrales, y en esta esfera la operación de cancelación y la operación de transferencia se diferencian en la modalidad de extinción que producen, pues la segunda implica que un asiento previo vacío de contenido físico y jurídico actual ha de estimarse sin vigencia, pero integrando el contenido de los libros registrales como apoyo y antecedente de los asientos que le suceden y presupuesto necesario para el pleno desenvolvimiento y funcionamiento del sistema hipotecario. Por el contrario, la primera, como ya hemos expuesto más ampliamente, implica desregistración, eliminación de los libros hipotecarios. Gráficamente y utilizando los términos biológicos a que tan aficionados eran los primitivos tratadistas de Derecho inmobiliario, podemos decir que en la extinción por transferencia el estado registral queda muerto, pero su cadáver permanece en el Registro, mientras que en la extinción por cancelación el asiento queda muerto y se hace desaparecer su cadáver (44).

Esta permanencia en los libros de lo extinguido por transferencia se comprueba si descendemos del plano teórico al plano legal, pues en éste podemos comprobar cómo la Ley no prescinde de los asientos que han sido extinguidos por transferencia. Así, a título de ejemplo, podemos citar, entre otros muchos, los dos siguientes casos:

(42) CAMPUZANO, F.: *Ob. cit.*, pág. 571, vol. I.

(43) CAMY, B.: *Ob. cit.*, pág. 749, vol. V.

(44) Nuestra distinción entre los efectos jurídicos de una y otra forma de extinción permite superar la dificultad expresada por ROCA (*ob. cit.*, pág. 169, volumen III) de que no sabe "comprender cómo la transferencia de derechos inscritos puede constituir causa extintiva de los asientos registrales", pues ella nace de un planteamiento en que se trata unitariamente al género "extinción de estados registrales", atribuyéndose a la extinción unos y únicos efectos, cualquiera que sea la operación formal que la haya producido. Basta modular el género extinción de asientos en distintas especies según los efectos jurídicos que cada una produzca para que dejen de tener sentido las críticas y recelos expresados por ROCA.

1.º El artículo 35, que al regular la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito determina qué plazo de posesión se computará sumando al tiempo de vigencia del asiento la del correspondiente a los antecesores de quien traiga causa. Estos asientos de sus antecesores son, evidentemente, estados registrales extinguidos por transferencia.

2.º El párrafo 2.º del número 4.º del artículo 51 del Reglamento, que determina que: «Cuando los requisitos de los números anteriores —se refiere a los datos de descripción, medida superficial, etc.—constaren ya en inscripciones o anotaciones precedentes al asiento que se haya de extender, no se repetirán en éste si resultaren conformes con los títulos que los motiven.» También en este supuesto se trata de asientos que han de estimarse extinguidos por transferencia, y si se admitiera que la extinción por transferencia y por cancelación produjera el mismo efecto de borrar el estado registral, de desinscribirlo, carecería de sentido hacer referencia a ellos, pues lo desinscrito no puede producir ningún efecto.

La Dirección General no se ha pronunciado sobre la cuestión relativa a los efectos de la extinción de estados registrales por transferencia, aunque del hecho de haber reconocido como dos modos distintos y no subsumibles de extinción, la transferencia y la cancelación (45), podría sostenerse que si se trata de dos modos independientes y distintos de extinción de asientos registrales, la modalidad de extinción que producen debe ser también distinta e independiente.

LA EXTINCION DE ANOTACIONES PREVENTIVAS POR TRANSFERENCIA

Hasta ahora nos hemos referido a la extinción de las inscripciones por transferencia sin hacer alusión alguna a la cuestión relativa a si otros estados registrales distintos de la inscripción pueden ser extinguidos de la misma manera; por ello se impone ahora pasar a determinar el área de su extensión, comenzando primeramente por estudiar si es o no posible extinguir anotaciones por anotación de transferencia.

(45) Vid. Resoluciones de 22 de julio de 1874, 26 de julio de 1876 y 25 de febrero de 1878, citadas en otro lugar. Una excepción la constituye la Resolución de 22 de mayo de 1943, que ha introducido un confusionismo en la materia al involucrar los conceptos de extinción por transferencia y por cancelación. Así dice esta Resolución que "...por haberse materialmente cancelado el asiento extinguido .. en virtud de la nueva inscripción de compraventa...", en la que se comprueba cómo aplica indiscriminadamente el término cancelación a asientos que técnicamente deben estimarse extinguidos por transferencia.

Las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1909 dedicaron un solo precepto de carácter general a la extinción de estados registrales, el artículo 77 (46), que se refería exclusivamente a las inscripciones sin hacer referencia para nada a las anotaciones preventivas ni a ningún otro tipo de asiento.

Este precepto señalaba solamente dos modos de extinción: la cancelación y la inscripción de transferencia. La doctrina hipotecaria entonces, al estudiar la extinción de las anotaciones preventivas, se planteó la cuestión de si el artículo 77 sería aplicable únicamente a las inscripciones en sentido estricto o bien, utilizando el término inscripción en sentido amplio, podía referirse a cualquier tipo de asientos registrales.

En el fondo, y dada por supuesta la aplicación de las cancelaciones a las anotaciones preventivas, la cuestión se centraba únicamente en determinar si la inscripción de transferencia, en su modalidad de anotación de transferencia sería una causa de extinción de las anotaciones.

Los autores, al tratar esta materia, como en tantas otras, se dividieron en dos posturas extremas: la positiva y la negativa, aunque con predominio de los que se inclinaban por la negativa.

BARRACHINA (47), comentando el artículo 77, afirmó que «la mente de dicho artículo es para nosotros sumamente clara. Las inscripciones se extinguen de dos maneras: por la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona distinta de la que los tenía o por la cancelación, bien total, bien parcial. En cambio, las anotaciones preventivas no se extinguen por la transferencia del derecho o de la garantía objeto de las mismas, sino únicamente por la cancelación, que puede ser total o parcial». Y este distinto tratamiento jurídico lo razonó el mismo BARRACHINA (48) expresando: «A nuestro modo de ver, tiene esto una sencilla explicación: las inscripciones de propiedad, en sus distintas situaciones jurídicas y en cualquiera de sus limitaciones creadoras de derecho real, constituyen estados de derecho definitivos en el orden hipotecario, para cuya expresión pública por el Registro se han de llenar las circunstancias previstas por el artículo 9 y siguientes de la Ley. No ocurre esto con las anotaciones preventivas, conviértanse o no en la inscripción definitiva; no son otra cosa que asientos provisionales, transitorios, revocables, que no fundan ese estado jurídico en aquella extensión y, por consiguiente, entre éstas y aquéllas no media paridad. Ciertamente que, bien advertido, debiera admitirse la inscripción de transferencia de anotación preventiva cuando éstas tienen por funda-

(46) Decía este artículo 77 que “las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por su cancelación o por la inscripción de transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona”.

(47) BARRACHINA, F.: *Ob. cit.*, pág. 278, vol. II.

(48) BARRACHINA, F.: *Ob. cit.*, pág. 279, vol. II.

mento un derecho real que les sirve de contenido. Ejemplo: la anotación de legado de cosa específica.»

Dentro de la misma dirección negativa se movió el pensamiento de ARAGONÉS, quien nunca admitió otro modo de extinción de las anotaciones que la cancelación (49).

La postura positiva estuvo representada casi únicamente por ESCOSURA. Sin embargo, las bases fundamentales para un estudio sistemático de la cuestión fueron formuladas por MORELL (50), al plantearse las dos preguntas siguientes: ¿Pueden o no transmitirse los derechos y las garantías que representan las anotaciones preventivas? ¿Puede hacerse constar en el Registro esa transmisión? Y contestados ambos interrogantes afirmativamente, como hace MORELL (51), la cuestión quedaba entonces reducida a resolver si la anotación de transferencia extinguiría la anotación previa. Para esta nueva dificultad, la solución de MORELL (52) fue contemporizadora y negativa, pues afirmó que en la anotación previa hay algo que «no puede declararse muerto, y ese algo es precisamente la condición de su existencia: llegar a ser inscripción o desaparecer arrastrando en su caída a los asientos y a los derechos que en su existencia condicionales apoyaban. No puede decirse que la segunda anotación sustituye en todo a la primera, porque es ésta y no aquélla la que necesita animarse convirtiéndose en inscripción».

La reforma hipotecaria del 44-46 no resolvió el problema con claridad, pues aunque destinó un artículo, el 77, a regular la extinción de las anotaciones preventivas, omitió como modo extintivo la anotación de transferencia. ¿Puede estimarse que este silencio legislativo implica que la anotación de transferencia no es un modo extintivo de las anotaciones? Creemos realmente que no, pues admitida la transmisión de los derechos anotados como regla general (art. 1.112 del Código civil), y admitida, igualmente, la constatación registral de estas transmisiones (artículo 20 de la Ley) (53), la extinción de la anotación precedente se impone como una necesidad de armonía y unidad del sistema, que no puede admitir soluciones distintas para inscripciones y para anotaciones porque el paralelismo del fenómeno es completo y total. En ambos casos existen dos asientos sucesivos ligados por una modificación subjetiva, conservando en los demás elementos de la relación una identidad

(49) ARAGONÉS, P.: *Ob. cit.*, pág. 268.

(50) MORELL, J.: *Ob. y loc. cit.*, pág. 374.

(51) MORELL, J.: *Ob. y loc. cit.*, pág. 375.

(52) MORELL, J.: *Ob. y loc. cit.*, pág. 376.

(53) Aplicaciones concretas de esta norma general las tenemos en los supuestos del artículo 46 respecto a la anotación de derecho hereditario, el 67 respecto a las anotaciones de concesiones mineras, la Resolución de 11 de abril de 1876 respecto a las de crédito refaccionario, etc.

completa; por tanto, los efectos que esta modificación subjetiva ha de producir deben ser idénticos en los dos supuestos, y si la inscripción de transferencia extingue con particulares efectos la inscripción precedente, la anotación de transferencia debe igualmente extinguir y con la misma modalidad de efectos la anotación precedente.

Aceptar, como hace MORELL, dos soluciones distintas, una para las inscripciones y otra para las anotaciones, haría el sistema inconsistente; rechazar este modo de extinguir asientos registrales, tanto para las inscripciones como para las anotaciones, como hace ROCA (54), significaría ignorar un precepto hipotecario expreso y, por ende, construir un nuevo sistema paralegal, que quizá pudiera ser más perfecto, más técnico, incluso más jurídico, pero que, desde luego, no es el sistema que impone nuestra Ley Hipotecaria.

Si dada nuestra postura positiva tratamos de instrumentar ésta dentro de la simbología iniciada al estudiar la operación de cancelación, nos encontramos en la necesidad de efectuar una ampliación de nuestro lenguaje formal, pues hasta aquí habíamos distinguido únicamente un estado genérico positivo y otro negativo—los estados «p» y «—p»—; en cambio, en adelante, y teniendo en cuenta que los estados positivos pueden tener diversas manifestaciones específicas, estado de anotación de inscripción y de nota marginal, es preciso separar cada uno de ellos creando nuevos símbolos que los representen. De esta forma, desde ahora denominaremos estado «s» al estado de inscripción propiamente dicha, estado «q» al de anotación preventiva y estado «r» al de nota marginal; pero, además, como estos dos últimos admiten las dos modalidades de anotación preventiva de suspensión y anotación propiamente dicha, y de nota marginal preventiva y nota marginal propiamente dicha, debemos diferenciar un estado «q'» para la anotación de suspensión y otro simplemente «q» para la anotación propiamente dicha y, análogamente, un estado «r'» y otro «r» para las dos modalidades de la nota marginal.

Con esta ampliación de nuestro bagaje formal podemos ya representar sin dificultad la operación «Tt» relativa a las anotaciones:

$$\begin{array}{l} q' \text{ Tt } q'_{1,2} \dots n \\ q \text{ Tt } q_{1,2} \dots n \end{array}$$

Como puede observarse, tanto la anotación propia como la de suspensión pueden extinguirse por transferencia, pero es indudable que el campo de aplicación de la operación extintiva ha de desarrollarse con mucho mayor importancia y trascendencia en cuanto a las anotaciones propiamente dichas que a las de suspensión, pues la escasa vigencia tem-

(54) Vid. ROCA, R. M.: *Ob. y loc. cit.*, pág. 247.

poral de éstas hace que normalmente su extinción se produzca por cancelación o conversión.

Y como fuera de las anotaciones preventivas e inscripciones no existe ningún otro asiento registral susceptible de extinguirse por transferencia, el dominio general de esta operación extintiva puede resumirse en el siguiente cuadro, presentado formalizadamente:

<i>Estado registral específico</i>	<i>Operación transferencia</i>	<i>Estado registral específico</i>
s	Tt	S _{1, 2 ... n}
q	Tt	q _{1, 2 ... n}
q'	Tt	q' _{1, 2 ... n}

MODOS POSITIVOS DE EXTINGUIR ASIENTOS DEL REGISTRO: LA CONVERSION

La conversión es contemplada en nuestro Derecho como una operación que transforma un estado registral en otro posterior de distinta naturaleza. La conversión entraña, pues, un fenómeno extintivo/innovador, en el que se conjugan dos momentos o aspectos: uno negativo, la extinción del asiento previo sobre el cual actúa y que constituye la base o apoyo del fenómeno, y otro positivo, la innovación o creación de un nuevo asiento. Y de estos dos elementos, lo esencial de la conversión, lo más característico de ella, es la creación del estado registral nuevo, la transformación del asiento extinguido, pues la extinción no es más que un efecto de la transformación efectuada.

La conversión, como ya hemos insinuado, exige un estado previo de asiento registral, que actúa como *conditio sine qua non* para que ésta pueda realizarse, y un estado final, constituido por otro asiento, en el que el primero se refunde. Por tanto, el estudio de esta operación extintiva exige determinar los requisitos de la misma, tanto respecto al asiento previo como al final. Respecto al primero es necesario que sea válido, que esté vigente y que su estructura formal le haga provisional o, al menos, esté afecto a una posible causa de extinción. Respecto al asiento final únicamente se requiere que sea válido. Examinemos cada una de estas notas comenzando con las correspondientes al estado registral previo.

La validez es uno de los presupuestos ontológicos de la operación de conversión y el que permite distinguirla de la simple convalidación de estados registrales, pues convalidar significa perfeccionar un asiento cuya redacción se ha efectuado en forma inadecuada—en forma no vá-

lida—, mientras que convertir implica transformar un asiento que de por sí es perfecto—es válido por reunir todos los requisitos exigidos por la estructura formal en que se manifiesta—en otro, por lo general, de distinta naturaleza.

Además de válido, el asiento que se ha de convertir debe estar vigente en el momento en que se inicie el proceso de conversión. Este requisito se deduce de la misma naturaleza de la operación de conversión, ya que ésta exige un presupuesto que le sirva de fundamento, y este fundamento sólo puede encontrarse en un asiento vigente. La resolución de 18 de diciembre de 1963, que denegó la prórroga de unas anotaciones cuando éstas se hallaban caducadas por haber transcurrido el plazo de su duración, puede servir de fundamento a la doctrina que estamos sosteniendo, pues si para prorrogar, que es menos, desde el punto de vista de los efectos jurídicos que produce, se exige la vigencia de los asientos que han de ser prorrogados, para convertir, que es más, ha de ser igualmente necesaria esa vigencia.

Y, en fin, el asiento base de la conversión ha de ser provisional, es decir, un asiento cuya estructura formal sea débil y que por su propia naturaleza esté sujeto a una posible causa de extinción. Y así, normalmente, el asiento que inicia la operación de conversión será una anotación preventiva; pero, como veremos posteriormente, también existen supuestos de conversión de otro tipo de asientos (55).

Respecto al asiento final, éste sólo exige un requisito: el de que sea válido. Validez ésta que no es sino una consecuencia lógica de la operación de conversión, pues la transformación o amparo del estado registral previo sólo puede efectuarse en virtud de un asiento posterior válido.

De los dos aspectos—extintivo/innovativo—bajo los cuales puede contemplarse la operación de conversión, nuestra Ley Hipotecaria parece fijarse en una concepción meramente negativa y, además, restrictiva. Negativa, pues la regula como un modo de extinción de estados registrales, y restrictiva, pues limita su aplicación a las anotaciones preventivas, en cuanto asiento previo susceptible de conversión, y a las inscripciones, como asiento final del proceso (56).

No obstante, y como la mayor parte de la doctrina tiene concep-

(55) En orden a este requisito de provisionalidad podrían distinguirse dos tipos de conversión: la perfecta o plena, que tiene lugar cuando un asiento provisional es sustituido por otro definitivo, y la imperfecta o menos plena, que se produciría cuando un asiento provisional es sustituido por otro también provisional. La primera tendría lugar en el supuesto de conversión de una anotación en inscripción; la segunda, cuando una anotación de suspensión se convierte en otra anotación propiamente dicha.

(56) Vid. el artículo 77, ya citado.

ciones más amplias, que extienden la operación de conversión a estados registrales no incluidos dentro de los términos literales del artículo 77, será necesario delimitar el área de aplicación de la operación de conversión.

EXTENSION DE LA CONVERSION RESPECTO AL ASIENTO PREVIO

Todo asiento previo de un proceso de conversión ha de reunir, como hemos visto al señalar los requisitos de la operación de conversión, una naturaleza provisional, una estructura formal, que esté sujeta a una causa de extinción, pues el proceso, en su descripción pormenorizada, transforma algo provisional en definitivo, previa extinción de lo provisional.

De esta concepción se deduce ya que la aplicación de la conversión a las inscripciones es realmente problemática, puesto que las inscripciones son por naturaleza estados registrales que han nacido con una pretensión de infinitud, estados que ni legal ni reglamentariamente tienen como norma general limitaciones para una validez intemporal. No obstante, la contemplación de algunos supuestos en los que se condiciona la permanencia de los efectos de las inscripciones al cumplimiento de requisitos posteriores a su redacción, así como de otros en los que la propia Ley utiliza el término de conversión refiriéndose a las inscripciones, ha llevado a algunos autores (57) a admitir la conversión de este tipo de estados registrales y a señalar, concretamente, como supuestos en los que esta operación tiene lugar, los de conversión de inscripciones de inmatriculación de fincas practicadas al amparo del artículo 205 de la Ley y los de conversión de inscripciones de posesión en inscripciones de dominio.

Resulta, pues, obligado estudiar separadamente cada uno de estos supuestos para comprobar si en ellos se manifiesta la operación de conversión con los mismos requisitos y el mismo alcance con el que la hemos construido a lo largo de estas líneas.

En las inscripciones de inmatriculación practicadas al amparo del artículo 205 de la Ley nos encontramos frente a unos asientos de duración tasada en tanto no se acredite por nota marginal la publicación del edicto correspondiente. Estos asientos, ya se consideren como inscrip-

(57) Vid. ROCA, R. M.: *Ob. cit.*, págs. 196 y 197, vol. III.

ciones sujetas a un plazo de caducidad (58), ya como asientos cuya eficacia definitiva pende de que se acredite el cumplimiento de una condición resolutoria, son, en definitiva, estados registrales sujetos a una posible causa de cancelación que opera por el transcurso del tiempo si antes no se acredita el cumplimiento de una formalidad legal: la publicación del edicto. Una vez publicado éste y hecha constar su publicación mediante la oportuna nota marginal, el asiento adquiere firmeza y desaparece su provisionalidad. En caso contrario, se extingue y debe ser cancelado (59).

Indudablemente, cualquiera que sea el alcance y naturaleza que se atribuya a este requisito de la publicación del edicto, el presupuesto exigido por la operación de conversión, de que exista un asiento antecedente provisional y válido, se cumple en estas inscripciones, pues el hecho de que puedan extinguirse por el mero transcurso del tiempo los convierte en verdaderos asientos provisionales (60). Sin embargo, el segundo de los presupuestos, la extinción de un estado registral y la correlativa creación de otro nuevo, es imposible estimarlo cumplido, pues la nota marginal nada extingue, sino que, por el contrario, afianza, apuntala la inscripción provisional, la dota de fuerza permanente.

En este proceso de aseguramiento de una inscripción de inmatriculación no existe ni extinción de un estado registral previo ni creación de ningún otro nuevo—excepto la propia nota marginal que se extiende—, existe tan sólo la desaparición de una limitación temporal y el coetáneo aseguramiento de un asiento previo, y todo ello producido por la simple extensión de una nota. de una nota de constatación de un hecho convertido por la propia Ley en una *conditio iuris*, pero sin que en ningún caso esta nota marginal asuma la esencia y virtualidad jurídica de la inscripción y sin que en ningún estado registral previo pueda estimarse extinguido por haberse vertido su contenido intrínseco en otro nuevo.

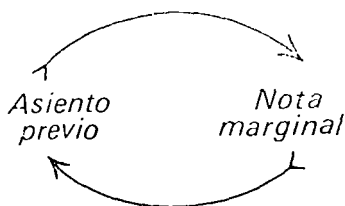
El afianzamiento de una inscripción de inmatriculación es un movimiento circular, que naciendo en un asiento previo concluye nuevamente en él a través de un recorrido en que el efecto liberatorio de una

(58) MORALES GONZÁLEZ, M., en su trabajo "Cancelación de inscripciones que requieren edictos", *R. C. D. I.*, 1951, pág. 661. "sostiene que, dado el carácter provisional de estas inscripciones, hubiera sido más técnico sustituirlas por anotaciones preventivas, las cuales, una vez acreditada la publicación del edicto, se convirtieran en inscripciones".

(59) MARTÍNEZ DE BEDOYA, I., en su artículo "La nota marginal de la publicación de los edictos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria", *R. C. D. I.*, 1951, pág. 748, se muestra partidario de la convalidación de este tipo de inscripciones extinguidas cuando no resulta acreditada la publicación del edicto.

(60) Expresamente la Resolución de 5 de enero de 1951 califica a estos asientos de "inscripciones provisionales" y que "publican por sí mismas su naturaleza provisional o caduca".

nota marginal hace que desaparezcan las limitaciones a que estaba sometido. Gráficamente, este movimiento puede representarse en la figura siguiente:



Frente al movimiento circular de este proceso contrasta el lineal de la conversión propiamente dicha, en que el contenido de un asiento se vierte en otro distinto y privado de contenido actual; el primero se extingue. La operación de conversión se inicia en un asiento para concluir en otro de naturaleza distinta; por tanto, su representación gráfica, a estos efectos, podemos imaginarla en la siguiente serie:

Asiento previo —————→ Conversión —————→ Asiento final

Como se ve de su construcción teórica y de su representación gráfica, el aseguramiento de las inscripciones de inmatriculación, mediante la nota marginal que acredita la publicación del edicto, es una operación esencialmente distinta de la de conversión (61).

El segundo supuesto de conversión de inscripciones que hemos señalado es el de conversión de inscripciones de posesión en inscripciones de dominio, y a él se refiere el artículo 355 del Reglamento Hipotecario al determinar que: «Cuando se extienda alguna inscripción relativa a las fincas o se expida una certificación a solicitud del titular de la misma, *se convertirán* en inscripciones de dominio las de posesión si hubieren transcurrido más de diez años desde que ésta fue inscrita y no existiere asiento contradictorio.»

Este precepto, que es el único que se refiere a las inscripciones de

(61) Supuestos que presentan analogía con el anterior son las notas marginales a que se refiere el artículo 98 del Reglamento relativas a las inscripciones de negocios jurídicos que exijan autorización, licencia, aprobación o cualquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo, e igualmente las notas marginales a que se refiere el artículo 141 de la Ley en el supuesto de hipotecas constituidas unilateralmente. Ahora bien, en estos supuestos el condicionamiento, la limitación nace de los derechos inscritos y no del propio asiento registral.

posesión en la legalidad vigente—aparte, naturalmente, de la disposición transitoria cuarta de la Ley—, califica como conversión el hecho de que una inscripción de posesión se transforme en inscripción de dominio, pero realmente esta terminología legal más que una verdadera calificación técnico-jurídica es meramente gramatical sin trascendencia conceptualizadora, pues la conversión, en sentido estricto, es por su naturaleza un modo especialísimo de extinguir estados registrales, mientras que la conversión a que alude el artículo 355 se refiere únicamente a los derechos inscritos. Convertir una inscripción de posesión en otra de dominio es un modo de transformar derechos inscritos, pero no de modificar o transformar la naturaleza de los estados registrales. Ambos son fenómenos que hacen referencia a dos elementos distintos e irreductibles: de un lado, el elemento formal del sistema, el patrón o soporte de los derechos; de otro, el elemento material del mismo, lo amparado y recogido en el asiento.

Evidentemente, los derechos se plasman en los libros registrales mediante los asientos, verdaderos clicés formales enumerados exhaustivamente por el sistema, pero cada asiento es susceptible de amparar derechos o pretensiones de muy diversa índole. La inscripción propiamente dicha, como especie de asiento, es uno de estos clicés legales, quizá el más característico del sistema, y puede recoger en su seno toda una gama de derechos, que comprende desde el de propiedad hasta cualquiera de los derechos limitados que de ella se desprenden: servidumbres, censos, etc. Pues bien, uno de los derechos susceptibles de inscripción era el de posesión, y como se estimó que no era necesario, ni conveniente, ni siquiera adecuado a la naturaleza de los estados posesorios su permanencia ilimitada como tal posesión, en los libros registrales se estableció que cumplidos determinados requisitos—cuya entidad fue objeto de modificaciones a lo largo de la evolución hipotecaria—se convirtieran en inscripciones de dominio. Ahora bien, decir que la transformación de la posesión inscrita en dominio inscrito implica una verdadera conversión de asientos registrales es una manera muy poco científica de expresarse, toda vez que ésta implica una simple modificación de derechos inscritos, que ni extingue ni siquiera modifica la estructura formal de los asientos implicados en ella.

EXTENSION DE LA CONVERSION RESPECTO AL ASIENTO PREVIO: CONVERSION DE ANOTACIONES PREVENTIVAS

La Ley Hipotecaria, como hemos visto, parece fijarse únicamente en las anotaciones preventivas cuando regula la operación de conver-

sión, y ello es debido, indudablemente, a que las anotaciones reúnen los requisitos ideales para constituirse en el asiento previo que el proceso de conversión requiere para actuar: se trata de asientos de duración tasada que recogen derechos en vías de formación, cuyo perfeccionamiento pende del cumplimiento de requisitos posteriores, o, en fin, medios transitorios de garantía, cuyo destino es extinguirse, bien por cancelación, bien por la propia operación de conversión.

Esto no obstante, la doctrina ha problematizado la cuestión relativa a si todas las anotaciones preventivas admitidas en nuestro sistema son susceptibles de conversión. Sin poder entrar en un estudio exhaustivo de la cuestión, pues ello nos alejaría del cometido fundamental de este trabajo, creemos que la solución que se dé a esta cuestión ha de girar en torno a dos ideas esenciales: el objeto de las anotaciones y la teoría que se sustente en torno a la estructura de la operación de conversión, y concretando aún más, casi puede afirmarse que la solución dependerá únicamente de la segunda de ellas, pues si se exige, como hace ROCA, que para que haya «conversión registral, en sentido técnico o propio, es indispensable que tanto la anotación preventiva como la inscripción u otro asiento en que aquélla se haya convertido publiquen registralmente el mismo o idéntico derecho o acto objeto de Registro, el cual de registrado en anotación preventiva pasa a serlo en inscripción» (62), no cabe duda que se restringe extraordinariamente el ámbito de aplicación; si, por el contrario, se acepta nuestra construcción de estimar la conversión como operación referida a la esfera de lo meramente formal, resulta notablemente ampliado su dominio de aplicación.

De todas formas, siguiendo a la doctrina más general y menos comprometida podemos elaborar el cuadro que proponemos a continuación, en el que se agrupan las anotaciones más importantes admitidas por el sistema y en el que se ha admitido como criterio sistematizador el de la posibilidad o no de conversión.

(62) ROCA, R. M.: *Ob. cit.*, pág. 199, vol. III. Esta afirmación, sin embargo, no armoniza con la doctrina, igualmente sostenida por ROCA, de estimar conversión la de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio, ni la de las anotaciones de créditos refaccionarios en inscripciones de hipoteca.

ANOTACIONES PREVENTIVAS

<i>Convertibles</i>	<i>No convertibles</i>
Demanda (63).	Embargo.
Heredero gravado con legados	Secuestro.
Legados (64).	Deslinde.
Créditos refaccionarios (65).	Concentración parcelaria.
Defectos subsanables (66).	Derecho hereditario.
Contratos sucesorios.	Sentencia condenatoria.
Sent. en rebeldía (art. 787 LEC).	

Del contenido del cuadro construido parece deducirse que el número de las anotaciones no convertibles es idéntico a las susceptibles de conversión; pero ello no resulta rigurosamente cierto si tenemos en cuenta que las anotaciones no convertibles están enunciadas como especies concretas, mientras que las convertibles lo son, en algunos supuestos, como géneros que comprenden diversas especies, y, además, en cuanto que descendiendo al campo de la realidad comprobamos que las anota-

(63) Las anotaciones de demanda son, quizá, las que mayores dificultades han creado a la doctrina. ROCA, *ob. cit.*, pág. 200, vol. III, se inclina por la negativa como regla general, aunque admite supuestos positivos. LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, edita Colegio Nacional Registradores de la Propiedad, Madrid, 1948, pág. 156, vol. I, estimó que aunque estas anotaciones fueran convertibles, hoy, después de la última reforma reglamentaria, ya no lo son. Las Resoluciones de 10 de septiembre de 1881, 4 de julio de 1919, 30 de mayo de 1934, se inclinaron por la afirmativa. La de 22 de octubre de 1906 estimó que no eran convertibles las anotaciones cuando ésta tuviera por objeto derechos personales, puesto que en estos casos tampoco era procedente la anotación.

(64) LA RICA, *ob. y loc. cit.*, excluye expresamente de la conversión las anotaciones preventivas de legado de género o cantidad.

(65) La especialidad que presenta la conversión de estas anotaciones es que se convierten en inscripción de hipoteca. Existe, pues, una doble conversión: de asientos, una anotación se convierte en inscripción; y de derecho inscrito, el derecho del acreedor refaccionario se convierte en derecho de hipoteca.

(66) Dentro del género de las anotaciones por defectos subsanables incluimos todas las que deban practicarse por defectos, ya sean éstos del título, ya tengan su origen en falta de índices, imposibilidad del Registrador, etc.

ciones susceptibles de conversión tienen una incidencia y una importancia en el tráfico jurídico que sobrepasa extraordinariamente a la de las anotaciones no convertibles. Por todo ello puede establecerse, como regla general, la convertibilidad de las anotaciones preventivas y construir los supuestos negativos como supuestos excepcionales. Esta parece ser la idea que preside el artículo 77 de la Ley y ésta es también la tesis que sostiene la mayor parte de la doctrina.

EXTENSION DE LA CONVERSION RESPECTO AL ASIENTO PREVIO: CONVERSION DE NOTAS MARGINALES Y CANCELACIONES

Los artículos 162 y 163 del Reglamento recogen los dos únicos supuestos de conversión de cancelaciones y notas marginales admitidas por nuestro ordenamiento. Así, establece el artículo 163 que: «Si pedida una nota marginal que implique adquisición, modificación o extinción de derechos inscritos, cuando no deba efectuarse por algún defecto subsanable del título deberá extenderse, a petición de parte interesada, nota marginal preventiva, que expresará el contenido del documento presentado, el objeto de la presentación, la circunstancia de haberse suspendido aquélla y los motivos de la suspensión. Las notas marginales preventivas caducarán a los sesenta días de su fecha. Este plazo se podrá prorrogar hasta ciento ochenta días por justa causa y en virtud de providencia judicial.»

La naturaleza de estas notas marginales es mixta, pues adoptando la estructura formal de la nota marginal tienen en su desenvolvimiento jurídico posterior la trascendencia y efectos de verdaderas anotaciones preventivas por defectos subsanables. Esta identidad se observa no sólo en su denominación legal—notas marginales preventivas—, sino también en cuanto se trata de asientos que se practican por suspensión de otros primitivamente solicitados, en que tienen una duración tasada legalmente, y en cuanto que ambos pueden ser objeto de prórroga por un mismo plazo y con los mismos requisitos.

Y esta identidad estructural impone, igualmente, una identidad, funcional, pues siendo el fin de ambos tipos de asientos el reservar un puesto registral para una determinada pretensión jurídica, el desenvolvimiento y plena eficacia de esta garantía exige que una vez subsanados los defectos de que adolecía el título aquel primitivo asiento provisional se convierta en otro definitivo.

El artículo 162, por su parte, parece reconocer otro supuesto de apli-

cación de la operación de conversión al señalar que: «Si pedida una cancelación no pudiera hacerse por mediar defecto subsanable, se practicará, a instancia de parte, un asiento análogo al de cancelación pretendida, indicando el motivo de la suspensión. La caducidad de este asiento se determinará con arreglo al artículo 96 de la Ley», pero esta posibilidad aparece desvirtuada por el contenido del artículo 200 del Reglamento, pues en su texto este precepto reglamentario establece que en todos los casos de suspensión de una cancelación el asiento que debe extenderse es el de anotación preventiva—no el de cancelación preventiva—, y dados los términos claros y precisos de esta norma legal, habrá de estimarse como no admitida por el sistema la posibilidad de que la cancelación constituya el asiento final de una operación de conversión.

EXTENSION DE LA CONVERSION RESPECTO AL ASIENTO FINAL

Nuestro ordenamiento hipotecario se refiere a la forma de efectuar la conversión—cuestión que involucra, naturalmente, la relativa al asiento final de la operación de conversión—en una única norma del Reglamento: el artículo 196. Este artículo se limita a afirmar, refiriéndose a las anotaciones preventivas, que: «La conversión se verificará haciendo una inscripción de referencia a la anotación misma.»

La doctrina de este precepto, sin embargo, resulta excesivamente limitada, pues, por una parte, como hemos visto ya, no sólo las anotaciones preventivas son susceptibles de conversión, y, por otra, los estados registrales finales de la operación son, sin duda, más amplios que el de la sola inscripción. Y es que en esta última materia existen muy pocas restricciones, pues todos los asientos que se practican en los libros de las inscripciones son susceptibles de constituirse en el estado registral final de una operación de conversión.

Esta afirmación no quiere significar que todos los asientos sean susceptibles de convertirse en otro cualquiera, sino más bien que el conjunto de todos los asientos del Registro puede convertirse en la totalidad de ellos. El siguiente esquema representa esta posibilidad:

<i>Asiento previo</i>		<i>Asiento final</i>
Inscripción	se convierte	
Anotación	Id.	Anotación Inscripción Cancelación
Nota marginal (67)	Id.	Nota marginal
Cancelación (68)	Id.	

Como vemos, la casilla correspondiente al asiento final de la conversión de inscripciones está vacío; ello quiere indicar que las inscripciones no son susceptibles de conversión. Igualmente, se puede comprobar cómo la columna del asiento final agota el universo de los asientos, pues todos están representados en ella, y que sólo la anotación preventiva es susceptible de convertirse en tres asientos: uno, de la misma naturaleza que el previo, y los otros dos de distinta naturaleza, que es la verdadera y típica conversión.

EFFECTOS DE LA CONVERSION

La operación de conversión produce dos efectos distintos:

- a) Un efecto positivo: creación de un nuevo asiento.
- b) Un efecto negativo: la extinción de un asiento previo.

El estudio pormenorizado de los efectivos positivo y negativo de la operación de conversión exige distinguir dos tipos de conversión: la propia y la impropia. Denominamos conversión propia aquella que operando sobre un estado registral previo lo transforma en otro de distinta naturaleza, e impropia, aquella que transforma al estado previo en otro de la misma estructura formal, pero purificado de una causa ínsita a su propia naturaleza, que le convierte en provisional o caduco. Ejemplo de la primera es la conversión de una anotación preventiva en una inscripción; ejemplo de la segunda, la conversión de una anotación de suspensión de embargo en una anotación de embargo.

(67) Nos referimos únicamente a las notas marginales preventivas.

(68) Nos referimos únicamente a las cancelaciones preventivas.

Teniendo en cuenta estos dos tipos de conversión podemos ya afirmar que, en el plano positivo, los efectos que produce la operación de conversión son en ambos tipos la creación de un nuevo asiento registral, pero se diferencian en la naturaleza de éste en relación con el estado previo que inicia la operación.

En el orden negativo, la conversión propia extingue el estado registral primitivo previo agotamiento de su contenido y transformación de su estructura formal. Este tipo de conversión se asemeja a la inscripción de transferencia en que extingue un asiento previo, pero se diferencia de ella en que la extinción no se produce por traslación de contenido, sino por ruptura de la estructura formal; el asiento convertido no trasladada su contenido a otro posterior, sino que una vez rota su entidad formal se integra en un asiento nuevo y complejo.

En el orden negativo, la conversión impropia se limita a extinguir el estado registral primitivo por simple agotamiento de su contenido y eliminación de la causa que hacia aquel provisional y caduco. Hay, pues, un agotamiento de contenido, pero también—y esto es lo que le distingue de la inscripción de transferencia—una supresión de una causa de caducidad o provisionalidad.

La conversión, y esto es aplicable a los dos tipos de ella, puede imaginarse como un complejo constituido por dos elementos: uno antecedente, el estado registral primitivo, y otro subsecuente, el asiento final. El efecto total que nace de la conjunción de estos dos elementos es un único asiento, que excepcionalmente aparece redactado en dos partes: una, en el elemento antecedente, en el que constan todos los datos relativos a la finca, al derecho o pretensión jurídica, al titular, etc., y otra, en el elemento subsecuente, en el que se hacen constar los datos de referencia al antecedente y la expresión formal de quedar convertido. El elemento antecedente, como asiento con estructura formal propia e independiente, se extingue, pues su contenido pasa a integrarse en otro estado registral complejo: el resultado de la operación de conversión.

En la operación de conversión, como en la de transferencia hay extinción de asientos, pero no desaparición de contenidos registrales, pues éstos continúan presentes en los libros.

La técnica de la Ley Hipotecaria, sin embargo, en esta materia, como en tantas otras, no es demasiado perfecta, pues parece aplicar el término cancelación y la operación formal que ella entraña a los asientos ya extinguidos por conversión. Así, el artículo 85 afirma que «la anotación se cancelará... cuando en la escritura se convenga o en la providencia se disponga convertirla en inscripción definitiva», y el artículo 206 del Reglamento vuelve a insistir en la inexactitud al decir: «Procederá la

cancelación de las anotaciones preventivas... 11) Si la anotación se convirtiera en inscripción definitiva.

Hay, pues, un constante involucrar y superponer conceptos técnicos aplicados de una manera indiscriminada y no técnica, pues hablar de cancelar anotaciones convertidas es idéntico a cancelar asientos extinguidos, y éstos, como ya hemos visto, son rechazados por la Ley, la doctrina y la jurisprudencia. Además, que en estos supuestos no existe una verdadera cancelación se comprueba descendiendo al campo de las consecuencias jurídicas, pues si se tratara de verdadera cancelación, la anotación preventiva debería estimarse como no practicada, como si no hubiera existido nunca, y, en consecuencia, ninguna referencia a ella sería admisible. El nuevo asiento, el asiento fin de la operación de conversión, debería repetir todas las circunstancias ya incluidas en la anotación, y su redacción quedaría sometida en todo a las normas generales de los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento. No sería posible la retroacción de ningún efecto, pues nada puede ser remitido a un estado registral que ha sido borrado, y, en fin, perdería toda su finalidad la anotación preventiva, pues no podría cumplir la función para la que fue creada.

Como ninguna de estas consecuencias es seguida por nuestro ordenamiento podemos inferir, *a sensu contrario*, que aunque materialmente los preceptos de la Ley y del Reglamento hablen de cancelar anotaciones convertidas, no se refieren a una técnica y verdadera cancelación, sino a una modalidad de extinción caracterizada por privar de vigencia actual al asiento registral como tal entidad individualizada, pero permitir que el contenido de los mismos continúe integrando el de los libros.

MORELL (69), refiriéndose a esta cuestión, señala que «cuando una anotación se convierte en inscripción, lejos de cancelarse, se le da la fuerza de que carecía: el asiento provisional se convierte en definitivo. Y es tan cierto que la anotación no se cancela, que en el asiento de conversión se omiten bastantes circunstancias, porque ya constan en la anotación, y la fecha de ésta se entiende que es la que determina los efectos de la inscripción de conversión, según el artículo 70 de la Ley, lo que prueba que la anotación se considera aún subsistente», y este párrafo tiene la virtud de exponer claramente, por una parte, la perplejidad en que sume a la doctrina la técnica de nuestro ordenamiento hipotecario y, por otra, la necesidad de que pervivan en los libros del Registro el contenido de las anotaciones preventivas extinguidas por conversión.

Si ascendemos ahora del plano del lenguaje natural al lenguaje for-

(69) MORELL, J.: *Ob. cit.*, pág. 550, vol. III.

mal nos encontramos con que la representación de esta nueva operación registral exige reconocer junto a las operaciones cancelación/inscripción y transferencia una nueva: la operación conversión, que denominaremos desde ahora operación «Tc». Y dado que el dominio intensional de la operación de conversión ha quedado reflejado en el estudio teórico realizado, resta únicamente representar el dominio de su extensión, lo cual podemos reflejar en el esquema que sigue, que, en general, no es otra cosa sino la presentación simbólica del cuadro ya construido en la página 44.

$q \text{ Tc } s$	Conversión propia
$q' \text{ Tc } q$	Conversión impropia
$r' \text{ Tc } r$	

En él puede apreciarse, por una parte, cómo esta operación, al igual que la de transferencia, parte de estados positivos de Registro para concluir en otros igualmente positivos y, por otra, cómo la extinción de los asientos primitivos no se produce por sucesión, como ocurre en la transferencia, sino bien por ruptura formal de la estructura del asiento—conversión propia—bien por eliminación de una causa que hace al primitivo asiento provisional.

CONCLUSIONES FINALES

De todo lo expuesto podemos aceptar como conclusiones que la extinción de los asientos o estados registrales se presenta como un fenómeno complejo, que iniciándose con una causa de extinción concluye con la creación de un estado registral nuevo, que supone o bien la mera destrucción del primitivo o bien la creación de otro nuevo positivo que sustituye o incorpora al precedente que extingue, y que es a esta operación registral extintiva y al estado registral resultado de la misma lo que técnicamente debe denominarse modo de extinción de los estados registrales.

Que, igualmente, debe distinguirse dentro de la categoría de extinción de estados registrales a dos especies de ella determinadas por los distintos efectos jurídicos que producen: una, equivalente a la destrucción de estados registrales—cancelación—, y otra, equivalente a privación de vigencia actual—transferencia y conversión.

Y, en fin, que todas las operaciones extintivas del sistema pueden ser comprendidas armónicamente, tanto en su dominio intensional como en la delimitación de campo de aplicación, y, por consiguiente, que es posible construir un esquema general de todas ellas que sea el corolario final de estas líneas.

He aquí este esquema:

MODOS DE EXTINCION
MODO CANCELACION

<i>E. R. genérico</i>	<i>E. R. específico</i>	<i>Operación formal</i>	<i>E. R. específico</i>	<i>E. R. genérico</i>
p	s	T	— s	— p
	q'	T	— q'	
	q	T	— q	
	r'	T	— r'	
	r	T	— r	

MODO TRANSFERENCIA

<i>E. R. genérico</i>	<i>E. R. específico</i>	<i>Operación formal</i>	<i>E. R. específico</i>	<i>E. R. genérico</i>
p	s	Tt	$s_{1,2} \dots n$	p
	q	Tt	$q_{1,2} \dots n$	
	q'	Tt	$q'_{1,2} \dots n$	
	r	Tt	Ⓐ (70)	
	r'	Tt	Ⓐ	

MODO CONVERSION

<i>E. R. genérico</i>	<i>E. R. específico</i>	<i>Operación formal</i>	<i>E. R. específico</i>	<i>E. R. genérico</i>
p	s	Tc	Ⓐ s	p v — p (71)
	q	Tc	— s	
	q'	Tc	— q	
	r	Tc	Ⓐ r	
	r'	Tc		

(70) El símbolo Ⓐ es el utilizado por matemáticos y lógicos para expresar el conjunto vacío, y en nuestro cuadro quiere indicar que la operación a que se aplica no es posible dentro del sistema.

(71) El símbolo "v" es el indicativo de la disyunción.

PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA
Registrador de la Propiedad .

Tratamiento fiscal de los excesos de adjudicación en las herencias ⁽¹⁾

A MODO DE PREAMBULO

Hace ahora poco más de diez años que el Tribunal Económico-Administrativo Central falló un recurso, al que dieron origen los siguientes presupuestos de hecho: En el transcurso de cuatro días sucesivos un padre había otorgado a favor de su hijo 20 escrituras de donación de numerosos títulos-valores, cuyo total importe, de gran cuantía, acumuló el liquidador en un solo expediente a los efectos de fijar sobre dicha base acumulada el tipo de tributación aplicable. El Tribunal Central reiteró en esta resolución, que lleva fecha 24 de diciembre de 1961, su ya tradicional doctrina de que cada una de tales donaciones eran actos autónomos e independientes, por cuya causa había que determinar los distintos tipos correspondientes a la escala de las herencias por separado, en función de las bases parciales respectivas de cada escritura, sin que fuese lícita la acumulación hecha por la oficina gestora, dando, en consecuencia, la razón al recurrente.

Ignoro las cantidades exactas que, según uno u otro de los criterios que se debatían, hubiera tenido que pagar el donatario; pero dados los antecedentes expuestos y la alusión que se hace en el extracto del fallo que he tenido a la vista, a esa «importante cuantía» de lo donado, imagino que el victorioso contribuyente celebraría con una opípara cena,

(1) El contenido de este trabajo corresponde a la Ponencia que presenté en la sesión del Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura, celebrada en Plasencia el día 23 de marzo de 1972. Las acertadas observaciones hechas por muchos de los asistentes en el coloquio que siguió han motivado que retocase posteriormente algunos extremos del contexto original y ampliara otros. A cuantos colaboraron a ello con sus sugerencias, mi agradecimiento.

propia de la festividad (ya dije que era un 24 de diciembre), la jugarreta que acababa de gastarle al Fisco. Pues no hay que esforzarse mucho para llegar a la conclusión de que siendo de carácter progresivo las escalas de las herencias, le resultaba bastante más ventajoso tributar veinte veces sobre otras tantas bases parciales y fraccionadas, que no una sola sobre el total conjunto de los valores de ellas.

Pero la Hacienda Pública, que no parece nunca dispuesta a encajar bromas de mal gusto, debió recelar en su fuero interno que cuatro días más tarde, 28 de diciembre, era la festividad de los Santos Inocentes, fecha, por cierto, muy apropiada para que algún otro despabilado volviera a reírse a su costa y presentar en cualquier oficina, es un suponer, 96 escrituras de donación otorgadas en un solo día, a razón de un cuarto de hora cada una, y sostener de esta manera la procedencia de 96 liquidaciones distintas y fraccionadas, que respondiesen a otros tantos ánimos de liberalidad autónoma que su progenitor tenía. Y para evitar, con la mayor rapidez, otra broma parecida, aprovechó la Ley de 23 de diciembre del propio año sobre «Desgravaciones Tributarias» (también, como puede comprobarse, la Administración se permite algunas humoradas en sus epígrafes) para cortar esos subterfugios y disponer en su artículo 16 (luego recogido en el núm. 3 del art. 153 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 y mantenido actualmente en igual número del art. 63 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967) que: «Las donaciones que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del Impuesto, determinándose los tipos aplicables en función de la suma de todas las bases liquidables.»

Si esta lógica reacción se hubiera contenido dentro de los anteriores límites nada tendríamos que objetar a ella. Tal acumulación de bases (que podrá discutirse únicamente si debería haber alcanzado a un período de tiempo mayor o menor que esos tres años que se dicen) no supondría otra cosa que una justa medida de represión contra unas corruptelas que fomentaban el fraude.

Pero es que la Hacienda, a quien una vez que ha visto el peligro de determinado tipo de «evasiones» «todos los dedos se le hacen huéspedes», aprovechó también la coyuntura de la segunda Ley (la de Reforma Tributaria) para extender el principio de la acumulación de bases, a más de a las donaciones entre sí, a las donaciones y la posterior herencia causada por el propio donante. Para ello, primeramente en el apartado 8 de la repetida Ley de Reforma de 11 de junio de 1964 y más tarde en el artículo 46 del Texto Refundido vigente, dispuso (y citamos este

último precepto) que: «Las donaciones a que se refiere el artículo 63 serán acumulables a la sucesión que se cause por el donante a favor del donatario, siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no exceda de tres años, y se considerarán, a los efectos de determinar el tipo aplicable, como una sola adquisición.»

O sea, que si la idea de represión del fraude fue la que en un comienzo había motivado, justificado y legitimado la necesidad de establecer una excepción concreta a ese principio fundamental de nuestros Impuestos, cual es el de que recaen autónomamente sobre cada acto o contrato diferente que constituyan un hecho imponible, los tecnócratas legislativos—«que se las saben todas»—debieron de temer también (y por eso la excepción fue ampliada) que algún otro listillo estaba dispuesto voluntariamente a morir antes de transcurridos tres años de haber donado a sus herederos alguna parte de su patrimonio con tal de fastidiar al Tesoro.

Aún hay más: El propio Tribunal Central, al ver que el poder legislativo había tomado cartas en el asunto y en cierto modo le reprochaba la candidez de su anterior doctrina, puestos a ser audaces, no quiso quedarse atrás, y ya que la excepción iba siendo tan amplia que casi afloraba, en el campo de las donaciones, un nuevo principio, como el de la «acumulación de actos», dictó dos revolucionarias resoluciones, que llevan fecha 27 de febrero y 6 de marzo de 1964, en las cuales, luego de unas farragosas lucubraciones sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, con la inevitable cita de la reciente reforma del artículo 1.413 del Código civil y la nueva redacción «sufrida» por el artículo 95 del Reglamento Hipotecario (aunque se le olvidó decir que esa nueva redacción del art. 95 también la «sufrimos» y seguimos sufriendola los Registradores), declaró que teniendo en cuenta que los bienes gananciales no pertenecen por mitad a cada uno de los cónyuges, la donación de ellos tenía que tributar sobre una base única, comprensiva del total valor de lo donado, pasándose de esta manera de aquel incipiente principio de la «acumulación de actos» a este otro, también nuevo, de la «acumulación de sujetos». Con todo lo cual, concluimos por nuestra cuenta, como el elemento básico para señalar el tipo de tributación de las donaciones es el *parentesco* que exista entre donante y donatario, si esos gananciales se donan, por ejemplo, a un sobrino (pariente consanguíneo, que es lo único que cuenta, de uno solo de los cónyuges), hemos de convenir que o bien la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y de la donación de los bienes que la integran es cambiante, multiforme y versátil, como la *donna mobile* de *La traviata*, o bien, en otro caso, en los textos fiscales deberían venir insertas

unas tablas explicativas para computar de diferente modo que en el Código civil los grados de parentesco, sobre la base de que los hijos, hermanos, sobrinos y hasta yernos y suegras no son creaciones naturales de sus padre y madres respectivos, sino más bien artificiosos productos elaborados sin atribución de cuotas por una hermafrodita sociedad de ganancias con la que están emparentados.

A mí, en particular, ninguna de estas opciones me satisface.

* * *

Me he permitido, antes de entrar en el tema propio de la ponencia, estas disquisiciones, no con un simple afán de divertimento que hiciera algo más llevadera la aridez que sigue, sino para sentar unas consideraciones previas, que creo podrán sernos de alguna utilidad a este respecto.

El fraude fiscal es, indudablemente, una planta que aprovecha el menor resquicio para brotar lozana. Hay que combatirla en forma; pero en unos impuestos eminentemente jurídicos, como los que tenemos a nuestro cargo, no podemos permitirnos tampoco, cegados por el afán de desarraigar las tentativas de evasión, determinadas ligerezas. Quiero decir con ello lo siguiente:

a) Que hemos de someternos todos, liquidadores y contribuyentes, a las «reglas del juego», a los preceptos que estén en vigor en cada caso, porque la seguridad y la legalidad son preferibles a la mera eficacia.

b) Que ante situaciones anormales, en las que se vea que ha quedado abierto un amplio portillo en el sistema, por el cual la evasión afluye en masa, debe promoverse la oportuna reforma legislativa, y ésta, a su vez, restringirse, como norma de excepción, a los supuestos que la motivaron.

c) Que es sumamente peligroso en esta materia hacer aplicación extensiva y por cuenta propia de esas reglas de excepción hasta elevarlas a la categoría de nuevos principios generales, porque al final podemos encontrarnos en un callejón sin salida.

Y dicho todo esto paso de lleno al asunto que hoy se debate.

«TRATAMIENTO FISCAL DE LOS EXCESOS DE ADJUDICACION EN LAS HERENCIAS»

El primer problema de ámbito general que nos surge al estudiar este tema consiste en decidir si la liquidación de los llamados «excesos de adjudicación» en las operaciones particionales de herencia procede únicamente cuando dichos excesos se declaren por los propios interesados o si esa liquidación es igualmente exigible cuando tales excesos afloran tácitamente por comparación de los valores comprobados, respectivamente, para el conjunto de bienes que, en pago de su haber, se adjudica a cada uno de los herederos.

Autores de tanto prestigio como BAS Y RIVAS (2) y RODRÍGUEZ VILLAMIL (3) mantienen este segundo punto de vista, en tanto que CAMY (4) y RUIZ ARTACHO (5), entre otros, sostienen que esos nuevos valores obtenidos en la comprobación no producen más efecto que el de elevar las bases liquidables de la herencia y niegan rotundamente que las diferencias de valor que, por el juego exclusivo de los comprobados, lleven de menos o de más los herederos respecto del valor, también comprobado, de sus haberes puedan dar lugar a que surja un nuevo concepto tributable, como el de «exceso de adjudicación», por dichas diferencias.

No sé si me he explicado suficientemente, y para dejar más claro el planteamiento de este dilema pongo el siguiente ejemplo esquemático:

Una herencia cuyo patrimonio total consiste en dos fincas (prescindamos de la adición de ajuar de oficio). El causante, viudo, ha dejado instituidos herederos por iguales partes a sus dos también únicos hijos, que llamaremos A y B. En la partición se declara que ambas fincas tienen un valor igual de 10.000 pesetas cada una, y que la finca 1 se adjudica al heredero A, y la finca 2, al heredero B. No hay, por tanto, ningún exceso *declarado*. Hecha la presentación correspondiente, el liquidador, por los medios reglamentarios que procedan, comprueba que la finca 1 vale 60.000 pesetas, y que la finca 2 vale 80.000 pesetas.

(2) *Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes*. Existen dos ediciones, una publicada en 1948 y otra en 1960, a cada una de las cuales haremos concreta referencia en sucesivas notas.

(3) *Legislación del Impuesto de Derechos Reales*, 1941.

(4) *Repertorio alfabético del Impuesto de Derechos Reales*, 1923.

(5) "Temas del Impuesto de Derechos Reales: El aumento de valor obtenido por la comprobación administrativa de valores a efectos de la liquidación de dicho impuesto, ¿puede originar por sí solo un nuevo concepto contributivo?" Trabajo publicado en el número 313 de esta misma Revista, junio 1954, páginas 521 a 534.

Al liquidarse el impuesto de sucesiones y por aplicación de la conocida norma del artículo 53 del Reglamento (hoy casi transcrita literalmente en el art. 31 del Texto Refundido) de que «en las sucesiones hereditarias, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará para los efectos del Impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad... y, en consecuencia, cualquier aumento que en la comprobación de aquéllos resulte... se prorrateará entre los distintos adquirentes o herederos», el liquidador distribuye las 140.000 pesetas comprobadas para el caudal relicto, entre A y B, en proporción a sus haberes, es decir, por mitad entre ambos, y fija, en consecuencia, para cada uno, una base liquidable de 70.000 pesetas, en vez de aquellas 10.000 que ellos habían declarado.

Creo que hasta aquí todos estamos de acuerdo.

Pero BAS Y RIVAS (y voy a referirme sólo a él de ahora en adelante, pues es el que más ampliamente ha expuesto su tesis) dice que con todo ello no ha terminado aún el procedimiento liquidatorio, sino que, a continuación, la Hacienda se percata de que como el heredero B tiene adjudicada una finca cuyo valor se ha *comprobado* que es el de 80.000 pesetas, en tanto que por su haber hereditario—mitad del total de 140.000, también *comprobado* para el caudal relicto—sólo tenía derecho a bienes por importe de 70.000 pesetas, lleva un exceso de 10.000 pesetas de más, que ha de someterse a tributación.

RUIZ ARTACHO le objeta (y también, por análogas razones, voy a concentrar en él mis citas) que ese presunto «exceso» deriva exclusivamente de la técnica comprobatoria y que múltiples resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central tienen declarado que los aumentos obtenidos en la comprobación, aunque eleven las bases, no alteran la calificación jurídica del acto o contrato, por lo cual con tales medios no es posible extraer del documento un nuevo concepto tributable distinto de la herencia que se declara, como sería ese de los «excesos», asimilados fiscalmente a las cesiones.

Dada la autoridad de las firmas que en este litigio intervienen, ambas tesis contrapuestas han escindido en dos criterios diversos la forma de actuar los liquidadores en algunos casos concretos (sobre todo en aquellos que BAS Y RIVAS, por la patente desproporción de los mismos valores declarados para unas hijuelas en relación con otras, califica de «escandalosos»). Y puedo asegurar que ante unos presupuestos de hecho de características análogas, según la oficina actuante fuese partidaria de uno u otro criterio, se han liquidado o no, a más de lo procedente por la herencia, esos presuntos excesos resultantes de la comprobación,

con graves e irreparables perjuicios para el Tesoro o para el contribuyente, conforme se miren las cosas.

Creo que bien merece la pena adentrarnos en un campo de tanta trascendencia, sobre el que se ha dicho muy poco, para ver si llegamos a unas conclusiones claras.

* * *

El punto de arranque de la teoría de BAS Y RIVAS consiste precisamente en la necesidad, que él estima parentoria, de reprimir el fraude. Según sus propias palabras, el legislador (y, por tanto, el texto legislado) sabe que la mayoría de los procesos divisorios en las particiones hereditarias se han hecho «al revés» de como documentalmente llegan a las oficinas liquidadoras, es decir, que en lugar de practicarse un inventario valorado, obtener de él unos haberes y satisfacer éstos con unas equivalentes adjudicaciones, se parte, siguiendo un orden inverso, de unos lotes y distribución de bienes previamente convenidos entre los interesados a través de diversos acuerdos, componendas y transacciones, con base de lo cual se reconstruye artificiosamente, en retroceso, todo lo demás, valores, haberes y caudal, para dejar ocultas, por medio de una cuidadosa proporcionalidad ficticia, las enajenaciones, renunciaciones y donaciones pactadas, cuya naturaleza jurídica queda, pues, disimulada.

De aquí—sigue diciendo—que la Hacienda, con el fin de evitar esta frecuente deformación de los actos o contratos subyacentes en tales operaciones particionales y dejarlos sujetos al tributo, previene en el apartado 8 del artículo 31 del Reglamento, completado con la referencia expresa que en el mismo se hace al apartado 10 del artículo 9 y al último apartado del artículo 24 del propio Reglamento, que: «Cuando en las sucesiones hereditarias se adjudiquen al heredero... bienes que excedan del importe de su haber en concepto de tal, satisfará el impuesto que corresponda por la cesión de dicho exceso.» (Hoy en día hay que añadir que el art. 43 del Texto Refundido ha introducido bastantes variantes en esta redacción, aunque su contenido y regulación vienen a ser los mismos) (6).

Por todo esto y por otras razones, que ya veremos, el repetido autor considera que esa específica reglamentación de los excesos de adjudicación, dentro de una norma que regula la liquidación de las herencias, ha de entenderse referida a los que pone de manifiesto implícitamente la comprobación de valores, ya que, en otro caso, sobraría. Si hubiera de exigirse siempre que el exceso estuviera declarado para someterlo a tri-

(6) *Obra citada*, 2.^a edición, tomo I, págs. 877 y 878.

buto, esa voluntaria manifestación del contribuyente nos llevaría, por sí misma, sin necesidad de precepto especial alguno, al área de las transmisiones *inter vivos*, o sea, como ahora se dice, al campo de actuación del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales.

RUIZ ARTACHO objeta que en materia de herencias el legislador ha optado por aquel criterio de la proporcionalidad o prorratio (y conste que él es uno de los que lo tachan de un tanto injusto y oportunista), pero que una vez sentado rige con todas sus consecuencias. Y así no le es posible al liquidador, ni legal ni lógicamente, hacer surgir tales excesos del solo hecho de que exista algún aumento de valor en la comprobación, por la sencilla razón de que teniendo que repartirlo proporcionalmente entre los herederos, sigue mantenida la misma proporcionalidad entre el valor comprobado para el caudal y los haberes de cada heredero, que son los que hay que tomar en cuenta, en definitiva, para las liquidaciones, ya que el Reglamento ordena que de las adjudicaciones se prescinda.

Aparte de esto pone una serie de ejemplos, demostrativos, a su juicio, de que es norma general, aplicable a cualquier acto o contrato, la ya dicha de que los aumentos que se obtengan no engendran jamás nuevos conceptos o motivos contributivos distintos a los del negocio jurídico sometido a liquidación.

Así, dice que si en una compraventa se declara un precio y luego la comprobación pone de manifiesto que el valor de lo vendido es muy superior, a pesar de lo tentadora que pudiera resultar para los arbitristas la fórmula de estimar como «donación» ese aumento de valor (ya que podrían razonar diciendo que el «verdadero valor» de los bienes es el obtenido por la comprobación y que si se vendió en menos es que se quiso beneficiar al comprador), no existe oficina liquidadora alguna por él conocida que haya puesto en práctica tal sistema.

Cita, en apoyo de su postura, las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de enero de 1933 y 6 de febrero de 1945, que, con referencia al mayor valor comprobado de la aportación hecha por un socio a una sociedad, declararon que tales aumentos no causan aquí más liquidación que la procedente por aportación, sin que pueda apreciarse otra clase de cesión o transmisión fiscalmente distinta (7).

Esos ejemplos puestos por RUIZ ARTACHO y las resoluciones a que acabamos de referirnos siguen sin convencer, sin embargo, a BAS Y RIVAS, que en la segunda edición de su texto, de fecha posterior al comentario de aquél, mantiene, al menos doctrinal y teóricamente, su co-

(7) Trabajo citado, págs 523 y 524.

nocida postura. Bien es verdad que ya ahora expresa ciertas dudas y vacilaciones sobre su aplicación práctica; repite literalmente, pero en letra bastante más pequeña, que han de ser siempre los valores aceptados en la comprobación los que tienen que compararse con el haber de cada heredero, y hasta suprime alguna anterior afirmación rotunda suya, como la de que «si actuara en forma distinta, la Hacienda iría contra sus propios actos» (8).

Aunque sólo traza las líneas generales de su réplica y deja sin tocar varios extremos, creemos entender que los puntos principales en que su pensamiento se apoya son éstos:

Está en un todo conforme en que la mera comprobación de valores no altera la naturaleza jurídico-fiscal de un acto o contrato. Por eso mismo, en una herencia, los aumentos de comprobación que se obtienen tienen que liquidarse dentro de tal concepto, si bien, por una disposición expresa, se prorratan en proporción a los haberes de cada heredero. Han tributado como tal herencia, lo mismo que el aumento de valor de un bien vendido sigue tributando por el concepto de compra.

Pero la analogía que se pretende nada tiene que ver con los excesos que, *a mayor abundamiento*, puedan resultar de las adjudicaciones particionales. Porque de lo que se trata no es de fraccionar el acto de la herencia en sí en dos distintos (herencia y cesión), sino de ver si *además* de esa herencia, además de la transmisión entre el causante y los herederos, que ya ha tributado por el total valor comprobado, esa comprobación pone de manifiesto implícitamente otras transmisiones distintas de heredero a heredero, no sustitutivas parcialmente del concepto de sucesión hereditaria, sino *añadidas* o sobrepuestas a éste y con una entidad independiente, que para nada se interfiere en el campo de la primera.

La doctrina del Tribunal Central no tiene aplicación a este supuesto, aparte de que ya, hoy en día, el artículo 19 del Reglamento (que tiene su antecedente inmediato en el Reglamento de 1927, pero que no venía recogido de igual manera en el del año 1911, que fue el que originó esas dudas, que luego, aunque sólo fuera por inercia, según RUIZ ARTACHO comenta, se siguieron suscitando) previene que en las aportaciones sociales sólo procede liquidar por cesión a la sociedad cuando al constituirse ésta, y «*conforme al valor declarado por los interesados*, algún socio aportase bienes o derechos de mayor valor que el de las acciones o participaciones que... se le reconozcan».

Lo cual, añade de paso, no deja de ser un error lamentable si esto significa que la Hacienda tiene que cerrar los ojos y no pueda ver que

(8) *Obra citada*, 1.ª edición, año 1948, tomo I, pág. 411.

aportando uno de ellos un inmueble declarado en 20.000 pesetas y el otro igual cantidad en metálico, al comprobar que el inmueble dicho vale 200.000 pesetas y que por el pacto estatutario cada uno tendrá igual derecho en la cuota de liquidación, ha habido una transmisión de derechos *de socio a socio* sobre la base de 90.000 pesetas (9).

(9) *Obra citada*, 2.^a edición, tomo I, pág. 461. Teniendo en cuenta que el problema de las aportaciones *in natura* al momento de constituirse las sociedades rebasa el tema propio de este trabajo, he querido sintetizar en los dos párrafos precedentes la opinión de BAS y RIVAS a este respecto. No está de más, sin embargo, intentar aquí la comprensión más a fondo de su idea, ya que incluso con la cita del texto íntegro quedaría un tanto incompleta y desdibujada.

Con apoyo del único esquemático y "prefabricado" ejemplo que hemos citado (aportación de una finca cuyo valor comprobado difiere notablemente del declarado y aportación de una suma de dinero cuyo valor es invariable), mediante una interpretación literalista y forzada del apartado 3) del artículo 19 del Reglamento, BAS y RIVAS "transige" con la afirmación de que, para no infringir el principio de que la comprobación de valores no desnaturaliza el acto declarado, dicho precepto impide *fraccionar el acto declarado de aportación del inmueble* en dos conceptos fiscales distintos y complementarios: "*aportación a la Sociedad*" por una base de 110.000 pesetas (importe de la mitad del *capital social comprobado* que se le reconoce al aportante) y "*cesión a la Sociedad*" por una base de 90.000 pesetas (*exceso* hasta las 200.000 en que se comprobó el valor de su aportación). Dice textualmente que "*contemplando sólo al concepto liquidable de "aportación", habrá que liquidar al 1 por 100 (hoy al 1,70 por 100 según el núm. 7 de la Tarifa de T. P.) sobre 220.000 pesetas*" (total valor comprobado de ambas aportaciones).

Pero inmediatamente recalca que, *aparte de tal liquidación*, entra en juego el artículo 40 del Reglamento, y como al socio que solamente aportó sus 20.000 pesetas se le reconoce igual derecho en la cuota de liquidación (mitad del capital desembolsado, o sea, 110.000 pesetas) "*podrá no apreciarse la cesión a la Sociedad*, pero lo que no puede negarse es que *si ese concepto no se aprecia, hay que apreciar el otro*" (*cesión del socio aportante del inmueble a favor del otro socio*) en cuanto a las repetidas 90.000 pesetas de diferencia "*aunque sea más gravoso*".

Es la misma línea argumental (liquidación por el concepto de *cesión de socio a socio* "sobreañadida" a la liquidación que antes se practicó por el concepto de *aportación a la Sociedad sobre la total base comprobada*, con lo que este último acto no se "fracciona" ni "desnaturaliza") que, según acabamos de ver, utiliza para fundamentar la liquidación de los "excesos resultantes por comprobación" en las particiones hereditarias.

No obstante, entiendo que en este supuesto del artículo 19 del Reglamento es tan artificiosa la interpretación que se pretende, que el propio autor deja traslucir implícitamente ciertas dudas; acusa, contradictoriamente, al "lamentable error" de redacción del apartado 3) del repetido precepto de los perjuicios "más gravosos" que con ello se originan, y después de apegarse a su letra invoca "el espíritu" de la resolución de 12 de noviembre de 1957, confirmada por sentencia de 28 de febrero de 1959, en la que el caso planteado era totalmente distinto (se trataba de cuatro socios a quienes se le reconocía igual participación social, pero *sólo uno de ellos aportaba bienes*; como es obvio, *de las propias declaraciones* de los interesados resultaba una *cesión de tres cuartas partes* del valor total, que se ordenó tributara por tal concepto, pero aun así con la importante salvedad, que deja en entredicho ese "espíritu" que se invoca, de que *no habían de tributar por el concepto de aportación*).

Pero en materia de herencias, a mayor abundamiento, ningún precepto dice que los excesos hayan de resultar precisamente de los valores declarados, y la comprobación, sin desvirtuar la naturaleza y la especie del tributo que grava la sucesión hereditaria, puede poner de manifiesto que *además de aquella* existen una serie de convenciones no declaradas; unos «excesos de adjudicación» ocultos que se han convenido; un «acto deducido», en suma, que tiene que ser apreciado por el liquidador y sometido a un tratamiento fiscal distinto.

No vamos a negar que algunas de estas razones de BAS Y RIVAS, dispersas entre varios epígrafes de su texto—y que yo dudo si habré conseguido sintetizarlas con la claridad debida—, producen, *prima facie*, un fuerte impacto. Pues es cierto que hay particiones en las que «se ve» con bastante evidencia que el lote de bienes asignado a un heredero no puede estar, en proporción, de ningún modo con el haber hereditario que pretende representar. Podrá decirse que lo corriente es lo contrario; que incluso, sin pretensiones de engañar al Fisco ni ocultarle maliciosas componendas, es lógico e inevitable que hayan de producirse ciertos desequilibrios, que los mismos interesados reconocen en su fuero interno, pero que no declaran porque no responden a transmisiones propiamente dichas, sino a pequeñas concesiones mutuas en aras de la armonía, o a una supervaloración de determinados bienes por razones puramente sentimentales y afectivas, o a una más conveniente explotación racional de las fincas... Pero todo esto no excluye, repetimos, como verdad sabida, que al socaire de esos pretextos y ocultos bajo sus pliegues navegan también, de cuando en cuando, por cauces subterráneos, negocios jurídicos de la más diversa índole, tales como compraventas, permutas y donaciones, para cuyo contrabando este complejo acto de la partición hereditaria resulta ocasión propicia. El Tesoro, pues, no debería quedar inerte y estaría justificado, ante ese género de peligros que le acechan, procurar a las normas fiscales un sentido que posibilitase su eficacia. Y esta búsqueda es, además, correcta, porque superada la antigua concepción de las leyes tributarias como meramente «penales» u «odiosas»—de donde derivaba su forzosa interpretación restrictiva, o sea, la aplicación del famoso principio *in dubio pro reo* o su equivalente *in dubio contra Fisco*—, hoy en día, como señala NARCISO AMORÓS (10), esa interpretación de las leyes tributarias tiene que

(10) "La interpretación tributaria", publicado en *Revista de Derecho Privado*, enero de 1963, págs. 5 a 25; así como otro trabajo del mismo autor, también publicado en dicha *Revista*, mayo de 1966, págs. 443 a 462, que lleva por título "Interpretación de las normas tributarias". Tanto en uno como en otro se hace un profundo estudio de esta materia, con referencia en el último de ellos a los artículos pertinentes de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963.

ser análoga a la de otras normas, es decir, que los problemas que tal interpretación plantee han de solucionarse, salvo casos muy especiales, aplicando las reglas generales sobre interpretación positiva.

Y puesto que nuestra legislación, al referirse genéricamente a los excesos que se produzcan como consecuencia de adquisiciones *mortis causa*, no los restringe a los valores declarados, *ubi lex non distinguit...*, etcétera. Si, además, el ya citado artículo 19 del Reglamento, en lo que concierne a la aportación de bienes a la sociedad, tuvo que modificarse en el sentido dicho de excluir del área de los excesos liquidables aquellos que sólo resultaran de los valores comprobados y de igual manera ocurre (y esto es una innovación posterior del actual Reglamento de 15 de enero de 1959) en la adjudicación de bienes por disolución de tales sociedades, ambos casos son un supuesto de que *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis* (11).

Todas estas reglas de interpretación, con el respeto que infunde su vieja estirpe, pueden venirnos como anillo al dedo para resolver nuestras dudas, máxime si se las rodea de ese prestigio que da al dicente la rancia prosapia de los vocablos latinos con que se pronuncian.

Pero a mí no me parece excesivamente científico y serio traer a colación cualquier aforismo, máxima o brocardo para edificar una tesis, porque sería como echar mano de ese cajón de sastre de los refranes, en el que siempre se encuentra alguno que nos dé la razón. Y así, en contra de lo alegado de que «donde la ley no distingue no debemos distinguir», opongo que no aclarándonos ningún precepto si en los excesos derivados de la partición de herencia esos valores son los declarados o los comprobados hay otro latín, que dice: *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*, y en cuanto a lo de que la excepción confirma la regla en los casos no exceptuados, visto que el proceso divisorio y particional de herencia es análogo al de disolución de las sociedades, *ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio juris esse debet*.

(11) Ya hemos visto, no obstante, que BAS Y RIVAS propugna la procedencia de liquidar los excesos o desequilibrios resultantes de los valores *comprobados*, incluso en los casos de las aportaciones hechas al constituirse las sociedades, a pesar de la frase "conforme al *valor declarado* por los interesados" que se contiene en el apartado 3) del artículo 19 del Reglamento.

Del mismo modo, y según se verá más adelante, defiende esta misma posibilidad para los excesos, también deducidos exclusivamente de la *comprobación*, en las adjudicaciones de bienes hechas a los socios, al disolverse la sociedad, aunque también el apartado 20) del precitado artículo se refiera expresamente a los "bienes cuyo *valor declarado* rebasa el de la cuota a que como tal socio tenga derecho".

De aquí que ni siquiera estas últimas alegaciones que acabamos de hacer por nuestra cuenta bastarían, aunque se admitiesen, para legitimar la integridad de su postura.

En todo caso, como señalan PÉREZ y ALGUER (12), sólo debería recurrirse en la interpretación a esos criterios o máximas tradicionales cuando se haya agotado en vano la investigación de los PRINCIPIOS GENERALES DEL SISTEMA POSITIVO, y aun así, a condición de NO CONTRADECIR NUNCA LAS IDEAS FUNDAMENTALES DE LA LEY DE QUE SE TRATA. Es decir, prevalecen siempre y tienen que respetarse, en una labor interpretativa (y esto también lo recoge la jurisprudencia), aquellos principios que sirven de fundamento al Derecho positivo, los cuales, según explica ROCA SASTRE (13), son como la «sistematización o condensación técnica del ordenamiento jurídico de que se trate en una serie sistemática de bases fundamentales, orientaciones capitales o líneas directrices del sistema».

De todos ellos, ningún otro más trascendente, a mi juicio, en esta materia que estamos tratando, que el básico y fundamental del HECHO IMPONIBLE.

El «hecho imponible»—BAS y RIVAS mismo así nos lo señala—es el presupuesto de hecho o hecho motor que pone en movimiento a la acción fiscal para, en concurrencia con los demás elementos del objeto tributario, cerrar el ciclo que genera el derecho de la Hacienda a la exacción del tributo y la obligación, por parte del contribuyente, de satisfacerlo. Por vez primera disponemos también ahora de una definición legal, al decirnos el artículo 28 de la Ley General Tributaria, en concordancia con lo que antecede, que «el hecho imponible es el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la Ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria».

El Texto Refundido de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados no configura los requisitos que hayan de reunir los hechos imponibles sometidos a su imperio; se limita a indicar su respectivo objeto o bien a enumerarlos. Pero el artículo 44 del Reglamento, que sigue vigente a este respecto, dispone taxativamente que «para que sea exigible el Impuesto se requiere la existencia de un hecho que jurídicamente origine el acto sujeto al Impuesto, de una convención expresamente consignada por los contratantes..., de una declaración escrita acreditativa de la transmisión..., o de otro acto que, con arreglo a los principios de derecho, pueda lógica y legalmente deducirse de la intención o voluntad de las

(12) En sus anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, 1934-1941, tomo I, pág. 224.

(13) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª edición, año 1945, tomo I, página 134.

es que la incongruencia tiene que deducirse precisamente *de lo manifestado*».

Esto es así no sólo por una lucubración teórica, sino por disposición legal expresa, ya que el artículo 44 del Reglamento—principio general básico que, como se ha dicho, configura el hecho imponible—exige, en términos taxativos (cosa que BAS Y RIVAS también recalca), que para poder apreciarse un «acto deducido» se precisa que tal deducción derive directamente «de la intención o voluntad de las partes, MANIFESTADA EN LAS CLAUSULAS O ESTIPULACIONES DEL CONTRATO».

Que el apartado 10 del artículo 9 sea una norma de *ius cogens* que encuadre en el estricto concepto de los «actos deducidos» tenemos que descartarlo por falta de uno de sus elementos más esenciales. Querer apreciarla como un supuesto que fuese, aunque no idéntico, en cierto modo análogo, sería mucha osadía, más aún en la legislación vigente, porque la Ley General Tributaria, al tratar en la sección 2.^a del capítulo II, título I, de la interpretación de las normas fiscales, dice de esta manera: «No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones.» Lo cual, como explica el prenombrado NARCISO AMORÓS (16), no es más que una consecuencia de la naturaleza del propio hecho imponible en cuanto crea obligaciones y, asimismo, uno de los preceptos generales de las normas tributarias, sobre todo los de legalidad y reserva de ley.

El alegato de BAS Y RIVAS se esfuma, pues, en un fuego de artificio.

Acepta tan ilustre autor—aunque a regañadientes—el hecho de que la comprobación, por su sola fuerza, no basta para escindir en dos el acto tributario. La permuta, verbigracia, sigue siendo permuta, aunque la igualdad de valores de las prestaciones recíprocas no se mantenga según el expediente comprobatorio. Ese desequilibrio, que surge *a posteriori* y a espaldas de los valores que se declaran, no autoriza a que se fraccione la calificación del negocio, estimándolo como tal permuta sólo hasta el nivel rasante de ambas bases comprobadas y apreciando una donación por el resto a favor de quien lleve ese nivel sobre-elevado. Lo único que ocurre, eso sí, por aplicación de las normas específicas que rigen este impuesto, es que cada permutante ha de tributar como transmisión onerosa sobre las respectivas bases individualizadas de los bienes que adquiera, aunque una y otra resulten de diferente cuantía, según tales valores comprobados.

(16) En la pág. 454 del ya citado trabajo *Interpretación de las normas tributarias*.

Esto mismo pasa en la tributación de herencia: El hecho imponible, inicialmente sujeto, la adquisición hereditaria, sigue así calificado íntegramente y no se fracciona por el juego de los valores comprobados. El mayor aumento que se obtenga tributa también como herencia, si bien, por aplicación de otras normas específicas, hay que prorratearlo entre todos los herederos.

Pero esto salvaguardado, nos decía BAS Y RIVAS, vienen las adjudicaciones, y para llegar a ellas hemos de tender un puente, que nos traslada al campo de las cesiones mutuas a caballo de esos valores ya comprobados. Ese puente, que así nos lleva a tales conclusiones—sigue su razonamiento—, es una norma que encuadra en los «actos deducidos».

Que ese paso no puede darse creemos haberlo demostrado, porque no admitiendo el «acto deducido», por su naturaleza propia, que se cimiente sobre el juego de los valores comprobados, sino tan sólo sobre «la recta interpretación de las cláusulas o estipulaciones», por medio de las cuales «manifiestan» las partes «su intención o voluntad», faltaría aquí tan esencial requisito.

El rechazo de esa posibilidad de «deducir» presuntos excesos de adjudicación en las operaciones particionales de herencia a través de una confrontación de los valores comprobados para cada lote puede apoyarse también con otras consideraciones secundarias, que refuerzan nuestro punto de vista:

Tal, por ejemplo, lo ilógico que resultaría que el apartado 1 del artículo 53 del Reglamento (que es el que proclama el principio del reparto proporcional de los aumentos de valor hallados en las sucesiones) no contenga una salvedad *in fine* que diga que ello habrá de entenderse sin perjuicio de liquidar, además, los excesos de adjudicación que de la propia comprobación resulten. Esa misma declaración se echa de menos en el apartado 1 del artículo 31 del actual Texto Refundido. Por el contrario, tanto los textos legales como los reglamentarios (confróntese núm. 31 del art. 3 de la antigua Ley de 21 de marzo de 1958, número 13 del art. 146 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, igual número del apartado 1 del artículo 65 del actual Texto Refundido y núm. 31 del art. 6 del Reglamento), al regular las exenciones de «excesos de adjudicación» en determinados supuestos de bienes indivisibles o en los que la división no resulte cómoda, no mencionan para nada el que dichos excesos puedan provenir de la comprobación, antes, al contrario, acentúan de tal manera el requisito de la necesidad de su manifestación para que puedan tener entidad fiscal, que incluso se habla en ellos, con deficiente tecnicismo, de «los excesos y diferencias» que unos herederos «deban abonar» a otros por tales adjudicaciones.

Por último, hoy en día, el artículo 43 del vigente Texto Refundido, que es el que se refiere a los excesos de adjudicación que se produzcan como consecuencia de adquisiciones *mortis causa*, al disponer que se liquidarán según las normas establecidas en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ha intercalado la significativa frase «en su caso», con la cual da a entender, a nuestro juicio, que no cabe extraer de su contexto ningún excepcional precepto de *ius cogens* alusivo a los valores comprobados.

Si ahora, dejando ya atrás todas esas consideraciones legales, nos trasladamos al plano de hechos concretos y realizaciones prácticas, veremos cómo la tesis de BAS Y RIVAS nos llevaría a unas consecuencias tan absurdas, que no habría modo de superarlas. Y es que, como dijo alguien, «cuando a la lógica la echamos por la puerta se nos mete por la ventana».

Una de las cuestiones que este autor deja en la penumbra, sin plantearla abiertamente, es la que se refiere no ya a tales excesos «deducidos», sino a los propiamente declarados. Es la manifestación que en la escritura se hace, por ejemplo, de que el heredero A tiene adjudicados bienes por importe de 20.000 pesetas más que su haber, las cuales abonará al heredero B, que las lleva adjudicadas de menos. ¿Habrán también que someter a tributación ese exceso estipulado?... ¿O habrá que prescindir de él y estar exclusivamente a lo que resulte, en un sentido o en otro, de la comprobación de valores?...

Parece, en principio, que ante una convención de tal género, suscrita por los mismos contratantes y perfectamente determinada, el liquidador no puede inhibirse, ya que se trata de un hecho imponible sujeto al impuesto y no por deducción, sino por su propia apariencia. Pero como el admitirlo así complicaría aún más las cosas (según veremos luego), BAS Y RIVAS, entre todos los ejemplos que pone de liquidaciones a practicar por excesos, no incluye *ni uno solo* en que un exceso se declare. Esto no obstante, y como de pasada, al comentar el artículo 53 del Reglamento, dice literalmente: «Entendemos que *siempre* han de ser los valores liquidables, o sea, los aceptados en la comprobación, los que tengan que compararse con el haber de cada heredero» (17). La afirmación resulta un tanto ambigua, según el sentido restringido o excluyente en el que quiera tomársela; pero unida a esa omisión intencional de no plantear ni un solo supuesto de exceso declarado hace que nos inclinemos a creer que más bien opina que tales excesos convenidos y manifiestos son irrelevantes y quedan, en todo caso, sustituidos,

(17) *Obra citada*, 2.^a edición, tomo I, pág. 878.

anulados o contradichos por los únicos excesos, para él «verdaderos», que se *deduzcan* por comparación de los valores específicamente comprobados para cada lote.

* * *

Pasemos provisionalmente por alto el quiebro de esa omisión y la quiebra que con tal modo de actuar se produce, y admitamos de momento que ese artificioso «acto deducido» tiene tanta pujanza que llega a «matar» incluso al «acto declarado».

Aun así, llevar esto a la práctica tropezaría con los siguientes problemas:

1.º *Liquidación de la sociedad de gananciales*.—Esta operación, previa a la propia partición hereditaria, siempre que proceda, es otra de tantas cuestiones que BAS Y RIVAS silencia. Cosa un tanto más extraña desde el momento en que si él nos dice que en los procesos divisorios son frecuentes las transacciones, acuerdos y componendas, que a partir de ellos se reconstruye ficticiamente todo lo demás y que ante tales hechos la Hacienda no puede permanecer impassible y se halla legitimada para gravar los actos que de la comprobación de valores se deduzcan, habrá que admitirse que en la liquidación previa de la sociedad de gananciales pueden también quedar ocultas (y de hecho hasta con más frecuencia) esa serie de cesiones y transacciones, no ya de los herederos entre sí, sino entre el cónyuge supérstite y tales herederos.

Pongamos por caso una herencia a la que concurren la viuda y dos hijos instituidos herederos, éstos por partes iguales, estando integrado el patrimonio, todo de carácter ganancial, por seis fincas, cuyo valor declarado asciende a 80.000 pesetas y el comprobado a 200.000. La viuda renuncia a su cuota usufructuaria (acto no sujeto) y en pago de los gananciales que a la misma le corresponden se le adjudican dos fincas que, según el inventario, valen 40.000 pesetas, pero que en la comprobación hecha arrojan 120.000. Esto verificado, los dos hermanos—sin intervención alguna ya de su madre—se distribuyen el caudal propiamente hereditario y en pago de sus haberes respectivos adjudican al primero, que seguiremos llamando A, tres fincas, con un valor declarado de 20.000 pesetas y comprobado de 60.000, y al segundo, que también llamaremos B, las otras tres fincas restantes, con el mismo valor declarado de 20.000 pesetas, que no han experimentado aumento alguno en la comprobación.

¿Qué liquidaciones procederían en este caso?...

Indudablemente, y por aplicación del principio de prorrateo del

aumento obtenido, los herederos A y B deben tributar por el Impuesto de Sucesiones sobre una base de 50.000 pesetas cada uno. Pero, además, la Hacienda *deducirá*, siguiendo el mismo razonamiento de BAS Y RIVAS, que la viuda lleva un *exceso* de 20.000 pesetas, sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por tal concepto.

Por último, en lo que respecta al heredero A, llevará también un exceso de adjudicación *deducido*, que lo mismo puede cifrarse en 10.000 pesetas (diferencia de valor comprobado entre su haber teórico de 50.000 pesetas y el de las dos fincas que se le han atribuido), que en 20.000 pesetas (diferencia de valor que lleva de menos su hermano B *en el remanente que queda después de la presunta cesión* a favor de la madre), y aún parece más lógica esta segunda hipótesis y más consecuente con los preceptos legales aplicables al caso y con la propia manifestación de los interesados, si se tiene en cuenta que la liquidación de la sociedad de gananciales es acto «previo» a la partición de herencia y que en esta última partición no pueden, por tanto, jugar valores de bienes «anteriormente cedidos», que aminoran el total partible entre ambos herederos.

¿No da ya la sensación de que con todo esto se descubren demasiados «excesos deducidos» y se practican «excesivas» liquidaciones?...

2.º *Diversidad de medios comprobatorios.*—El artículo 80 del Reglamento enumera una serie de medios comprobatorios, de los cuales únicamente son de aplicación obligatoria y preferente los tres primeros. De todos los demás pueden utilizarse los que se quieran y en el orden que se elijan. A mayor abundamiento, siempre que el valor que se *declare* sea superior al que resulte de la comprobación, aquél es el que ha de servir de base, es el valor que se reputa *verdadero* para girar las liquidaciones, por venir así establecido en el artículo 88 del Reglamento.

De todo lo cual, conjugado con la aplicación del sistema de los «excesos de adjudicación» *deducidos*, resultaría:

a) Que según los diversos medios de comprobación empleados variaría, no ya la cuantía de las bases liquidables (que esto ocurre siempre), sino hasta la persona obligada al pago. Porque muy bien pudiera ocurrir que comprobado por «deducción» que el heredero A llevaba un exceso, si se hubiese utilizado otro sistema de comprobación distinto habría resultado que el exceso lo llevaba el heredero B o que no lo llevaba ninguno, pues, por rara coincidencia, ambos lotes seguían equiparados.

b) Que con unas bases comprobadas inferiores podría devengarse más impuesto que con otras, también comprobadas, de superior cuantía.

Así, cuando el tributo a satisfacer en concepto de exceso por el mayor desequilibrio comparativo que provoquen esas bases menores, suponga más que el aumento del impuesto de sucesiones sobre unas bases mayores, con las cuales, en cambio, esos desequilibrios o excesos no se produzcan o sean de mínima cuantía.

3.º *Adjudicación de bienes de valor fluctuante.*—El ejemplo más conocido de todos es el de las acciones, participaciones y demás títulos mobiliarios de análoga naturaleza, cuya cotización puede sufrir, a veces en cortos períodos de tiempo, grandes oscilaciones en baja o en alza.

Cuando en el caudal relicto se inventarían bienes de esta naturaleza, los herederos se los distribuyen según el valor real que tengan en el momento de hacerse la partición, criterio, además, que es el que legalmente debe seguirse, conforme se deduce del artículo 1.074 del Código civil.

No obstante, la fecha en que falleció el causante es la que determina, a todos los efectos y sin que se requiera el cumplimiento de ningún otro requisito, el devengo del Impuesto de Sucesiones (art. 29 del actual Texto Refundido), por lo cual han de referirse a ella los valores determinantes de las bases tributarias por tal concepto. Hasta aquí todo es lógico y congruente con el sistema, puesto que la Hacienda, ateniéndose a la verdadera naturaleza del hecho imponible, que es la sucesión *mortis causa*, actúa sobre éste, con independencia de que se lleve o no a cabo ni cuándo el otro acto, fiscalmente no sujeto, de la partición. Por eso mismo, y según el juego de los artículos 2, 8 y 31 del propio Texto Refundido, las liquidaciones se giran sobre la base de la partición ideal de cada causahabiente en el valor comprobado del caudal relicto a la fecha del óbito y prescindiendo de las adjudicaciones que, en su caso, los herederos hayan realizado.

Pero lo que ya no sería lógico ni congruente es exigirles a éstos que hayan de atenerse en tales adjudicaciones a la proporcionalidad que resulte de ese mismo valor, retroactivamente comprobado, único «verdadero», según BAS Y RIVAS, que desenmascara los presuntos excesos, ya que pudiendo ser, como hemos dicho, muy diferente, en más o en menos, al que hayan alcanzado los títulos mobiliarios al momento de su adjudicación, ello iría contra toda legalidad y contra toda justicia.

4.º *Partición hecha por comisario.*—Dispone el artículo 1.057, párrafo primero, del Código civil que «el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos». A mayor abundamiento, el artículo 1.061 del propio Código determina

que «En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie».

Estas normas imponen al comisario la obligatoriedad de satisfacer íntegramente el importe del haber correspondiente a cada heredero mediante la adjudicación de bienes específicos incluidos en el inventario. Como dice ROCA SASTRE (18), el comisario es un simple órgano particional, que debe concretarse a delimitar, precisar o declarar qué parte de bienes del patrimonio relicto deben formar el lote en que cristaliza cada cuota hereditaria. *No puede* (fuera del caso prevenido en el artículo 1.062 o incluso del que recoge el párrafo segundo del art. 1.056 —también aplicable a él por analogía, según resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 23 de julio de 1925—, supuestos, además, exentos de tributar, según el núm. 13 del apartado 1 del artículo 65 del vigente Texto Refundido) *sobrepasar esos límites* configurando una hijuelas discordantes con el valor de los respectivos haberes hereditarios, porque ello implicaría un *acto de enajenación* de determinados bienes sobre los cuales *es manifiesto que carece de todo poder dispositivo*.

Supóngase, pues, que el comisario, ateniéndose estrictamente a sus funciones, formaliza el inventario, practica el avalúo de los bienes que lo integran conforme a su leal saber y entender y adjudica éstos en absoluta equivalencia a la cuantía de los derechos de cada heredero. La partición así verificada causa estado, *obliga a que los herederos la respeten y pasen por ella*, confiere a éstos la propiedad exclusiva de aquellos bienes que les hayan sido adjudicados y puede incluso, sin necesidad de ningún otro requisito sustantivo, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, si el liquidador se atiene a ese criterio, que nosotros repudiamos, se vería casi siempre en la precisión de apreciar «excesos de adjudicación» derivados del desequilibrio, punto menos que inevitable, de la distinta incidencia de los valores comprobados, para lo cual habría que admitir necesariamente que el comisario, en contra de lo que la propia naturaleza del cargo le atribuye, ha provocado una serie de enajenaciones.

Cierto que el apartado 1 del artículo 7 del mismo Texto Refundido (concordante con el 41 del Reglamento) dice que «Los impuestos que regula esta Ley se exigirán... prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a la validez o eficacia»

(18) *Obra citada*, tomo II, pág. 478.

del acto o contrato liquidable, lo cual, por otra parte, se fundamenta en la doctrina de los actos propios.

Pero es que en el supuesto que ahora estamos contemplando, las consecuencias serían de otra índole mucho más grave: para nosotros, el fenómeno, totalmente inaceptable, es el hecho de que la Hacienda, sin intervención alguna de los herederos en el documento particional, sin voluntad manifiesta o deducida *de las partes*, sin actuación alguna de cualquier sujeto de la relación jurídico-fiscal, someta a gravamen un *presunto contrato de cesión onerosa de bienes entre heredero y heredero*, por la simple presunción de que así «resulta» de «traducir» a su lenguaje de valores comprobados lo hecho unilateralmente por el comisario.

Creo que esto no es admisible. Porque, como ya dejó establecido el Tribunal Económico-Administrativo Central en su resolución de 22 de febrero de 1949, «el precepto que contiene el artículo 41 del Reglamento del Impuesto tiene su obligado y necesario complemento en el artículo 44 del propio Reglamento, según el cual para exigir el impuesto se requiere *la existencia* de un acto o convenio expreso o deducido *de la voluntad de los contratantes*, es decir, que ante un acto nulo o anulable podrá practicarse la liquidación prescindiendo de sus defectos formales o intrínsecos; pero primero *es necesario que exista tal acto o contrato*, puesto que si no ha llegado a existir, o sea, en los casos claros de inexistencia, tal liquidación no podrá tener lugar».

* * *

Si, a mayor abundamiento, llegásemos a la conclusión (que yo veo clara) de que los excesos de adjudicación expresamente declarados han de tributar siempre, porque la Hacienda no puede prescindir a su antojo de sujetar a gravamen una convención de este género estipulada documentalmentemente, que da derecho a uno de los contratantes a exigir del otro una suma de dinero en compensación de la cesión confesada, querer compatibilizar todo esto con la teoría de los «excesos deducidos» nos llevaría a conclusiones harto peregrinas:

Donde el heredero A dijese que llevaba adjudicado de más, la Administración liquidaría por ser un exceso declarado; pero como, al propio tiempo, podía «deducir», por los valores comprobados, que llevaba de menos, liquidaría también por el exceso al heredero B, su contrario. A lo mejor resultaba que todos los herederos, por el juego conjunto de ambas clases de excesos, llevaban de más, aunque entonces pudiese opinar cada uno que si los otros llevaban de más, es que él llevaba de menos. O bien deduciríamos que la hipócrita viuda, que decía conformarse con sólo parte de sus gananciales y renunciaba al

resto, pretendía en realidad, muy disimuladamente, levantarse con el santo y la limosna, lo cual tampoco quitaba, por eso de que los hijos no podían ir contra sus propios actos, el girarles a éstos unas cuantas liquidaciones por la parte que ellos mismos reconocían que su madre les había cedido.

Yo creo que BAS Y RIVAS, aunque no llegó a contrastar con todas estas consecuencias prácticas el alcance de su postura, algo debió barruntar, sin embargo, acerca de ellas cuando en la segunda edición de su obra intercala esta significativa frase: «Reconocemos que en la práctica esa labor—se refiere, naturalmente, a la comparativa de los valores comprobados—tropieza con muchísimas dificultades...» Y aún añade, para quitarle el entusiasmo a algún incondicional devoto: «A veces, es imposible de realizar cuando la comprobación es global, todo sin perjuicio de que en ocasiones supone un trabajo que no compensa los beneficios que al Tesoro puede reportar» (19).

Tal vez fuese porque, obsesionada por la idea del fraude, quiso encontrar a todo trance una salida para solucionar esos casos de ficticias equivalencias de valores declarados verdaderamente «escandalosos», como con razón decía (20). Pero montar toda una teoría de principios con genéricas declaraciones de «actos deducidos» para remediar algunos

(19) Ello no obstante, el “criterio de autoridad” de tan ilustre tratadista sigue influyendo notoriamente en la técnica liquidatoria de algunas Oficinas (no muchas, por fortuna), que a veces se encuentran así ante situaciones verdaderamente paradójicas o con resultados que, de llevarse a la práctica, darían lugar a liquidaciones que no podemos menos de calificar como “lesivas” para el contribuyente.

(20) Este pragmático (y por ello mismo peligroso) deseo de “represión del fraude” se sobrepone en ocasiones de tal modo a cualquier consideración crítica, que en él se fundamenta, sin más, la admisibilidad del remedio. Véase, por ejemplo, el trabajo de PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS (publicado en el número 456 de esta misma Revista, septiembre-octubre 1966, págs. 1229 a 1254), titulado “División material, división horizontal, división de comunidad y disolución de sociedad”. En el epígrafe que trata de “Cesación de comunidad mediante adjudicación de los distintos bienes a los socios o comuneros”, se afirma que cualquier exceso tributable que aquí resulte “es el que se aprecia en los valores declarados y no el resultante de la comprobación administrativa, la cual afecta a veces a los distintos bienes con un rigor muy diverso”. Pero a renglón seguido y sin otra explicación añade: “Este criterio no impide apreciar el exceso conforme a los valores comprobados, siempre que tenga cierta notoriedad o evidencia.”

Como puede verse en nuestra nota a pie de página que sigue, la influencia de la postura que BAS Y RIVAS adopta en este mismo problema es evidente. Sólo que este último, a más de buscarle un fundamento (aunque para nosotros sea desacertado), no comparte esos *dos criterios* antagónicos e irreconciliables en un plano *teórico*, sino que opta por la incondicional procedencia del último de ellos (apreciación, en todo caso, de los excesos resultantes a causa de la comprobación), si bien, como acabamos de ver, reconozca las dificultades con que tropieza en la práctica.

supuestos patológicos, ya hemos visto que puede llevarnos a infringir muchas normas directrices del sistema y a engendrar, si no como en el caso de las donaciones, que al comienzo de este trabajo citaba, una sociedad de gananciales hermafrodita, sí, al menos, la inseguridad y el confusiónismo. En suma, el mismo mal que quería atajarse: la arbitrariedad y el «EXCESO» (21).

Por fortuna, la reciente Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, en el mismo artículo 24, a que ya nos hemos referido, por el que prohíbe la extensión analógica del hecho imponible más allá de sus términos estrictos, ha puesto en nuestras manos un instrumento que puede servirnos para amputar esos casos escandalosos y extremos.

Me refiero al párrafo 2 de tal artículo, que dice textualmente: «Para evitar el fraude de Ley se entenderá, a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. Para declarar que existe fraude de Ley será necesario un expediente especial, en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado.»

No se trata ya, por tanto, de una simplista norma automática de *ius cogens*, que haya de aplicarse automáticamente por el liquidador sin ponderar las concretas circunstancias del caso.

Es, por el contrario, un precepto excepcional, un procedimiento flexible, una delicada operación quirúrgica, que contempla situaciones extremas, requiere siempre la prueba de unos análisis previos, no aparea perjuicios indiscriminados y permite la intervención del contribuyente en todo ese proceso. Reúne, pues, cuando se ponga en marcha, garantías

(21) Téngase en cuenta que BAS Y RIVAS lleva a sus últimas conclusiones esta tesis. Hemos citado en páginas anteriores el supuesto de disolución de sociedad como otro en los que este autor (pese al rotundo contexto del último párrafo del apartado 20 del art. 19 del Reglamento) afirma que pueden apreciarse excesos derivados exclusivamente del desequilibrio de los valores comprobados. Es precisamente aquí (*obra citada*, 2.^a edición, nota núm. 865, al pie de la pág. 562 del tomo I) donde, apoyándose en su especial concepción acerca de la compatibilidad entre la regla genérica del “prorrato” de valores comprobados para las herencias y la apreciación *a posteriori* de “excesos deducidos de la misma comprobación”, dice textualmente: “Aunque sólo se refiere a las sucesiones hereditarias, consideramos que el artículo 53 del Reglamento es de aplicación a todos los procesos divisorios; y partiendo de este supuesto...”, cuando la comprobación ponga de manifiesto ese desequilibrio “si se tratara de una herencia” a más de lo tributable por tal concepto “por aplicación del apartado 10) del artículo 9.”... “habría que girar otra liquidación”... “por el concepto de cesión”. Si en vez de ello se trata de una disolución de sociedad, “no alcanzamos a comprender la diferencia de criterio”.

Lo mismo da a entender (*obra y tomo últimamente citados*, pág. 582), consecuentemente, que procede aplicar tratándose de disolución de comunidades.

y condicionamientos bastantes, a nuestro juicio, para que en una materia tan delicada y compleja como ésta de los «excesos» puedan alcanzarse soluciones equitativas, que es lo que siempre debe preocuparnos.

* * *

Resuelto, a mi modo de ver, el primer problema planteado, en el sentido dicho de que sólo pueden conceptuarse fiscalmente como excesos de adjudicación aquellos desequilibrios o discordancias que resulten de las manifestaciones de los interesados o se deduzcan de los propios valores declarados por ellos (salvo el excepcional supuesto de que también se prueben a través del expediente declaratorio de fraude de Ley del párrafo 2 del art. 24 de la Ley General Tributaria), la segunda y última cuestión que quiero traer a debate es la relativa a la base sobre la cual en dichos casos procedería girar la liquidación correspondiente.

Pensemos en una herencia (para seguir con los ejemplos simplificados) en que dos herederos, únicos participantes por mitad en ella, se adjudican las ocho fincas que la integran, con un valor declarado total de *40.000 pesetas*, en la forma y proporción siguientes:

Al heredero A se le adjudican cuatro fincas, cuyo valor declarado suma *18.000 pesetas*, y al heredero B las cuatro fincas restantes, que valen, también según las propias declaraciones, *22.000 pesetas*. (Es, además, indiferente el que se diga o no que B tiene que abonar a A las *2.000 pesetas* que lleva de exceso sobre su haber, puesto que, aunque así no lo digan, surgirá espontáneamente el «acto deducido» de la cesión, por el juego directo de una incongruencia económica que deriva de las propias estipulaciones.)

La oficina liquidadora comprueba que esas *40.000 pesetas* declaradas para el conjunto del caudal se elevan, en realidad, a *160.000*; que, en consecuencia, el haber comprobado que corresponde a cada heredero asciende a *80.000 pesetas*; que las cuatro fincas que se adjudicaron al heredero llamado A (que lleva de menos) valen solamente *50.000 pesetas*, y que las otras cuatro, que se adjudicaron a B, valen las *110.000 pesetas* restantes, por lo cual este último llevaría de más, ateniéndose a los valores comprobados en particular para los bienes que componen su lote, *30.000 pesetas* sobre su haber hereditario.

La pregunta es ésta:

¿El exceso de adjudicación habrá de liquidarse sobre la base de aquellas *2.000 pesetas* que para tal exceso expresamente se confesaron o de las *30.000* a que últimamente nos estábamos refiriendo?...

Parece, a primera vista, que con ello vuelve a replantearse, aunque desde otro ángulo, el mismo problema ya analizado de la repercusión de los valores declarados o comprobados en orden a la existencia de los «excesos de adjudicación».

Sin embargo, no es así: el *concepto* de «exceso» ya hemos dicho que no surge si no es a través del manifiesto desequilibrio de las respectivas adjudicaciones, conforme al propio valor asignado a ellas por los intervinientes. Pero esto no es obstáculo para que, una vez que este concepto fiscal haya así aflorado a la superficie, se formule el interrogante de cuál haya de ser *la base* que la Administración debería tener en cuenta para sujetarlo al impuesto.

Si, de una parte, la deficiente redacción de los preceptos a que antes se ha aludido (en especial, el núm. 13 del apartado 1 del art. 65 del vigente Texto Refundido y el núm. 31 del art. 6 del Reglamento), cuando identifican los «excesos» con «las diferencias que unos herederos deban abonar a otros», parece indicarnos que ha de estarse exclusivamente al importe de ese mismo valor declarado; de otra parte, admitir un criterio tan simplista iría en contra del principio fundamental, que proclaman los artículos 8 y 70 del Texto Refundido y 60, 61, 80 y 86 del propio Reglamento, de que el impuesto recae sobre el «verdadero valor» que tuvieran los bienes y derechos, entendiéndose por tal el que a los mismos corresponda según comprobación administrativa, si fuese mayor que el declarado, y cuya facultad (y aun obligación) de comprobar tiene la Administración en todo caso. Hay que resaltar también que con tan inadecuadas expresiones esas «diferencias» resultan equiparadas a las «cantidades que unos herederos hayan de abonar a otros», lo que es absurdo, ya que, según lo dispuesto en el número 6 del apartado 1 del artículo 65 del Texto Refundido, estarían exentas de tributar, por cuya causa no pueden constituir el hecho imponible, sino que éste, como se indica en el artículo 43 del mismo texto legal, lo forma el propio «exceso de adjudicación» en sí o, por mejor decir, según expondremos más adelante, la cesión que ese mismo exceso pone de manifiesto, recayente sobre unos bienes o derechos cuyo valor es susceptible de comprobarse.

No obstante, seguir el opuesto criterio de comprobar el valor de los bienes concretos que constituyen la hijuela del heredero que declara un exceso de adjudicación, al efecto de relacionarlo con el importe que teóricamente corresponde al mismo por su estricto haber hereditario sobre el valor, comprobado también, para todo el caudal relictivo, fijando de este modo la base liquidable para dicho exceso, tampoco nos parece acertado. Como vamos a tratar de demostrar, ello pugnaría con la ver-

dadera naturaleza jurídica del acto liquidable, a la cual debe plegarse el impuesto, según previene el apartado 1 del artículo 7 del Texto Refundido.

Para desentrañar esa naturaleza jurídica y dejar fijado, en consecuencia, el ámbito al que la comprobación administrativa debe ceñirse en esta materia tenemos que examinar el verdadero alcance de dos palabras de las que tanto hemos usado y abusado hasta ahora, cuales son «adjudicación» y «exceso», así como la combinación resultante de ambas: «exceso de adjudicación».

La palabra «adjudicación», gramaticalmente, no significa otra cosa que la acción por virtud de la cual se entrega una cosa a determinada persona. Trasladada esta acepción a un plano jurídico, aislada como un microbio en el laboratorio del Derecho, desconectada de todo antecedente o causa que la origine, la simple entrega de un bien a un sujeto poco nos dice y muchas dudas nos plantea. Por no poner más que dos modelos típicos, que han de servirnos, además, de punto de arranque de nuestro razonamiento, veamos éstos: si el deudor, en pago de su deuda, conviene con su acreedor en adjudicarle un bien determinado y dar por saldada aquélla, la propiedad de ese bien concreto se habrá desplazado, a cambio de una suma de dinero anteriormente percibida, desde el primitivo sujeto que antes la ostentaba, hasta ese otro que ningún derecho tenía anteriormente sobre ella: habrá operado, en suma, al modo de una especie de compraventa, cuyo precio se confiesa pagado por medio de la extinción del débito.

Pero si en una comunidad de bienes se llega a la disolución y para satisfacer su haber se adjudican determinados inmuebles a un copropietario, ese nítido traspaso de titularidades desde un dueño antiguo a otro propietario nuevo, mediante precio, no se produce, sino que lo único que con tal disolución se provoca es una especie de concreción o condensación de la amplia titularidad objetiva y preexistente en el comunero (limitada, en cambio, subjetivamente, por la concurrencia conjunta de los demás cotitulares) en una titularidad restringida a los bienes adjudicados en concreto, pero excluyente de cualquier otra concurrencia de sujetos, ganando de esa manera, por así decirlo, el adjudicatario en intensidad lo que pierde en extensión de su antiguo derecho.

ROCA SASTRE (22), refiriéndose a la situación de indivisión del patrimonio relicto de la herencia, o sea, al derecho hereditario en abstracto, dice que esa situación encuentra su fin cuando tiene lugar la *adjudicación* de los bienes concretos o singulares que la integran, entre los propios herederos, en pago de sus respectivos haberes hereditarios. Y aña-

(22) *Obra citada*, tomo II, pág. 456.

de que, en su virtud, se produce una transformación o metamorfosis de aquel derecho o titularidad sobre la universalidad del patrimonio hereditario, en un dominio, derecho o titularidad ordinaria, normal o corriente, sobre cada una de las cosas singulares o cuotas indivisas de las mismas integrantes de la herencia.

Vemos, pues, en resumen, que la «adjudicación», en términos generales, atribuye un bien, ora transfiriendo, ora transformando, pero que en su seno lleva siempre implícita una petición de principio, es decir, una causa, un título, un preexistente convenio o derecho de la más diversa índole, que la motiva y que condiciona las consecuencias que derivan de su naturaleza multiforme.

Por otra parte, si la palabra «exceso» se aplica para designar aquello que rebasa, sobra o pasa más allá de la medida o regla, lo mismo el apartado 8 del artículo 31 del Reglamento y el apartado 10 de su artículo 9, al referirse a «los bienes que se adjudiquen al heredero... y que excedan del importe de su haber en concepto de tal», que actualmente el artículo 43 del Texto Refundido, cuando nos habla de los «excesos de adjudicación que se produzcan como consecuencia de adquisiciones *mortis causa*...», contemplan unas adjudicaciones que no responden al módulo o proporcionalidad entre el haber hereditario y la atribución concreta de bienes por tal concepto, o sea, que no tienen su origen directo e inmediato en el título sucesorio, aun cuando surjan con ocasión de él, sino en otro título o presupuesto de índole muy distinta. De aquí también la necesidad de que el legislador nos indique cuál haya de entenderse que sea esa causa o título jurídico, no declarado por los herederos, que motiva tal exceso de adjudicación extrahereditaria, sobre todo si, como aquí ocurre, quiere que se someta a un tratamiento fiscal unitario. Para ello dicta una norma que obliga a que el liquidador lo califique, en todo caso, de «cesión o transmisión onerosa», en la cual el importe numérico de lo que un heredero lleve de menos desempeña la función de precio de la transmisión operada a favor de aquel que lleva de más, presuponiendo (aunque tampoco se diga esto en el documento) que el primero lo ha percibido o deberá percibirlo en metálico a cambio de lo que cede. Tal es, a mi juicio, la estricta finalidad y la necesaria razón de ser de una norma que BAS Y RIVAS entiende, por el contrario, en un sentido muy diferente. Precepto necesario decimos porque, de otra forma, la tipificación del acto que engendra el exceso quedaría a la libre apreciación de los distintos liquidadores, quienes podrían presuponer así, cada uno según sus preferencias, los más diversos títulos, y entre ellos (así llega incluso a apuntarlo el propio autor que acabamos de citar) el de donación o cesión gratuita de uno a otro coheredero

Ahora bien, ¿qué es, y aquí radica precisamente el nudo de la cuestión, lo que el heredero llamado A, que lleva de menos, ha transmitido *previamente* al heredero B, que lleva de más, para que el lote de bienes atribuidos a este último se declare que lleva consigo un exceso de adjudicación o una adjudicación excedida?...

Porque ya hemos visto que toda adjudicación necesita apoyarse en un derecho, y todo derecho es un título preexistente, y sería invertir el orden cronológico en el que jurídicamente se producen las cosas decir que el exceso de adjudicación, lo adjudicado extrahereditariamente, es causa de la transmisión, cuando estamos viendo que constituye precisamente una consecuencia de ésta.

El heredero al que se le adjudicó de menos no tiene, antes de procederse a la distribución de los bienes, más que una cuota sobre el patrimonio relicto, un derecho hereditario en abstracto, y por ello, lo único que ha podido ceder, que ha podido transmitir onerosamente al otro coheredero para que le sirva luego de base en la adjudicación es una parte de su derecho, una porción de la misma cuota hereditaria universal que él tenía. De aquí nuestra opinión de que tampoco podemos fijar como base liquidable de la transmisión que antecede al acto de adjudicación la diferencia entre los valores comprobados para los bienes que se adjudican en concreto, porque tales adjudicaciones son subsiguientes y ponen fin al haber conjunto que, por título de herencia y por título de cesión, legalmente presupuesta, exhibe el heredero a quien se le atribuye el exceso.

Estimo, a este respecto, que la Hacienda Pública debe ser lógica hasta sus últimas consecuencias con los postulados que implanta, y si el título que propugna para los excesos de adjudicación es el de una cesión onerosa, y si, como hemos visto, esa cesión no es, ni puede serlo, de unos bienes en concreto, porque todavía la adjudicación no se ha llevado a cabo, sino que se trata de cesión de parte de un haber hereditario, a la cual la adjudicación *le seguirá luego* como la sombra sigue al cuerpo, tendremos que convenir que la base liquidable para la repetida «cesión», que todo exceso de adjudicación implica, habrá de fijarse en función de la misma base comprobada para el haber hereditario de que se trata. Así, en el ejemplo que antes poníamos de una herencia con un valor declarado total de 40.000 pesetas, que ha de repartirse por iguales partes entre dos herederos concurrentes, si en la partición se manifiesta que el segundo, a quien ya conocemos por el sobrenombre de B, lleva un exceso de 2.000 pesetas en lo adjudicado, quiere decirse que si tiene tal adjudicación sobrepasada es porque admite implícitamente que a más de su haber hereditario, el otro coheredero, conocido por A, ha renunciado a su favor o le ha transmitido una parte o cuota

de su correlativo haber, que al cifrarse en 2.000 pesetas representa exactamente la décima parte de tal haber declarado.

Si entonces la Hacienda comprueba que el caudal relicto vale 160.000 pesetas, o sea, cuatro veces más que el valor que se había declarado, como ese nuevo valor comprobado para el total caudal se prorratea entre los respectivos haberes de los herederos, estos haberes sufrirán, por la comprobación, un aumento también del cuádruplo, es decir, se cifrarán, en nuestro ejemplo, en 80.000 pesetas para cada uno, y la cesión de la décima parte del haber que motivó la adjudicación en más, excedida o sobrepasada, para B aumentará automáticamente, de la misma manera, cuatro veces, transformándose las 2.000 pesetas que se declararon para ella en 8.000 comprobadas, única forma de que esta última cifra siga representando aquella décima parte del haber hereditario cedido, al que nos referíamos.

Tenemos que imbuirnos estas ideas, no destacadas suficientemente por los comentaristas, de que *la partición en sí y la adjudicación* de los bienes que integran cada uno de los lotes *son irrelevantes* para el Fisco, se trata de *actos «no sujetos»*, y que lo que se grava con el Impuesto de Sucesiones no es la adquisición de unos determinados bienes, sino que, como dice el artículo 24 del Texto Refundido (y otros muchos preceptos, tanto de él como del Reglamento, lo confirman), la base la constituye el verdadero valor de la «participación» individual de cada causahabiente, es decir, su derecho hereditario en abstracto, y de aquí (no por otras razones, como la de cortar el camino a la defraudación, según la mayoría creen) el establecimiento de la norma del prorrateo del aumento de valor obtenido, como también la de distribución, igualmente proporcional, en su caso, del valor atribuible a los bienes no sujetos, exentos o bonificados. Porque todo ello no deja de ser una consecuencia lógica de la propia naturaleza de la sucesión *mortis causa* a título universal, que es la que tributa.

Luego vendrá la metamorfosis, la condensación o cristalización de lo abstracto, de la cuota, del haber, mediante una atribución de bienes concretos, *pero sin que esto último sea un propio acto transmisivo*, sino especificativo o determinativo, que, por su propia naturaleza, no está llamado a tributación alguna.

Por todo ello, siempre que el exceso se ponga de manifiesto a causa del sobrevalor declarado para el conjunto de bienes que integran uno de los lotes adjudicados en el proceso particional hereditario, habrá que presuponerse que *antes* se ha operado «inter partes» una *cesión onerosa de parte del haber del otro coheredero a quien se le adjudica de menos*, una transmisión de derechos cuya base liquidable ha de estar, res-

pecto al valor comprobado que se atribuyó al estricto haber hereditario del heredero que lleva de más, en la misma proporción que se encuentran los valores declarados para una y otro.

Con una expresión bastante pintoresca, pero muy gráfica, dice RUIZ ARTACHO que así como en todos los negocios jurídicos sometidos a tributación, en general, el aumento del valor comprobado repercute exclusivamente sobre el que adquiere los bienes concretos de que se trata (norma que rige incluso para las donaciones, en las que, pese a estar equiparadas fiscalmente a las herencias, cada donatario satisface el impuesto por el valor liquidable comprobado de lo que reciba), en materia del impuesto sucesorio no rige el dicho marineramente de que «cada palo aguanta su vela» (23).

En las herencias no hay que mirar ya al valor de lo adjudicado, pues el artículo 53 del Reglamento (y hoy el art. 31 del Texto Refundido) prescinde de las adjudicaciones y mira tan sólo al «haber» o «participación» de cada heredero. Este criterio, que el mismo autor califica de anómalo, lo explica, como antes apuntábamos, por el temor que siente la Hacienda de que si entre los coherederos existe alguno que deba contribuir por un tipo de tributación más alto que los demás, sea a él precisamente a quien se le adjudiquen los bienes que, por su renta catastral o líquido imponible o por otras circunstancias, tengan o puedan tener un menor valor comprobado, o bien, por su situación o naturaleza, se hallen exentos o bonificados.

BAS Y RIVAS y otros muchos comentaristas comparten una opinión análoga.

Pero creo haber demostrado que esto no es así, que no hay anomalía alguna ni desviación temerosa, sino que, en consonancia con el hecho tributario que la misma Ley define como objeto del Impuesto sobre las Sucesiones y en perfecta concordancia con el carácter no transmisivo de la partición y de la adjudicación hereditarias, el gravamen recae sobre los respectivos derechos patrimoniales «en abstracto» de los causahabientes, que constituyen el título originario de sus adquisiciones por herencia.

Estos mismos fundamentos son los que, a mi juicio, provocan, igualmente, que el valor comprobado para el conjunto de los bienes que integran el lote que se atribuye a un heredero tampoco haya que mirarlo ni arrimar a él vela alguna que no le es propia, sino entender que la causa o título que provocó ese exceso, mediante la cesión onerosa legalmente calificada, radica en un previo convenio o transacción, que consiste en *disminuir un heredero la exigibilidad íntegra* de su haber, a cam-

(23) Trabajo citado, pág. 525.

bio de aumentarla en igual cuantía, respecto de él, otro. En suma, es la renuncia *a la efectividad* de parte de su derecho hereditario en abstracto hecha por un heredero en favor de otro, lo cual fiscalmente equivale a una transmisión de una parte alícuota de tal haber. Y como con esos haberes se opera y son el substrato del gravamen, sigue sin aplicarse el marinerio refrán y continúa vigente, también para los excesos, el principio de la proporcionalidad o prorratio. Los bienes concretos, que después resulten adjudicados e integrados en el lote, serán un *totum revultum*, concreción, cristalización o metamorfosis del doble derecho, a título de herencia y a título de cesión de parte del haber de otro coheredero, que el adjudicatario ostenta, pero irrelevantes e inútiles a los fines de fijación de la base.

Por esto mismo, tanto el párrafo 8 del artículo 31, como el párrafo 10 del artículo 9, ambos del Reglamento, no se refieren *a los bienes* adjudicados a un heredero que excedan del importe de su haber en concepto de tal, sino a las «adjudicaciones de bienes» (conjunta y globalmente consideradas) que «excedan de dicho importe», y con mayor precisión aún, el artículo 43 del Texto Refundido cita tan sólo a los «excesos de adjudicación» que se produzcan como consecuencia de adquisiciones *mortis causa*; por eso, a renglón seguido, los dos preceptos que primeramente hemos mencionado puntualizan, no que el impuesto se devengará por la «cesión de tales bienes», sino por la «cesión de dicho exceso», y por la misma razón concluyen que esto deberá entenderse «sin perjuicio de que todos los herederos abonen el impuesto correspondiente a la *transmisión hereditaria del mismo exceso*, con cuya última frase, aunque un tanto incorrectamente, indican que el valor comprobado que ha de estimarse para fijar la base liquidable de la cesión que un exceso presupone debe integrarse dentro de la base o valor prefijado, según el sistema de prorratio, para todos y cada uno de los herederos, en orden al gravamen de sus derechos hereditarios respectivos.

Tomar aisladamente, por el contrario, la hijuela del heredero que declara un exceso y enfrenar el valor comprobado de los bienes concretos que la componen con ese otro valor teórico que se había asignado a su «participación individual» mediante la repercusión proporcional del aumento obtenido en la comprobación del total conjunto de la masa hereditaria, sería contraponer dos términos heterogéneos, que no admiten conjugación posible. Porque cualquier comparación que se intente entre «haber hereditario» y «lo que excede de él» exige una mutua interdependencia entre el significado que previamente se haya atribuido a uno y otro concepto, interdependencia que sólo se hará posible cuando ambos sean resultantes de un criterio valorativo análogo.

Reproduciendo la fórmula específica mediante la cual acostumbran declararse los excesos, tomemos este sumario ejemplo:

ADJUDICACION AL HEREDERO B

Asciende su haber a 20.000 ptas.

Y para pago del mismo se le adjudican:

a)	La finca 1 del inventario, que vale	7.000 "
b)	La finca 2 del inventario, que vale	6.000 "
c)	La finca 3 del inventario, que vale	4.000 "
d)	La finca 4 del inventario, que vale	5.000 "

Total adjudicado a este heredero 22.000 ptas.

Y siendo su haber hereditario de 20.000 "

Lleva un exceso (de adjudicación) de 2.000 ptas.

(Que abonará al heredero A, quien lo lleva adjudicado de menos.)

Ese «exceso», cuyo valor hay que comprobar, es, matemáticamente hablando, la *diferencia* existente entre el *importe comprobado* del haber o participación individual del heredero B en la herencia de su causante (sustraendo) y el *total atribuible* al mismo (minuyendo). Si para fijar aquél tuvo que prescindirse, por imperativo legal, del valor comprobado en concreto para las cuatro fincas que se le adjudican y obtenerlo en función de la cuota o parte proporcional que al heredero corresponde, como tal, en el valor comprobado para toda la masa hereditaria (sea ésta menor, igual o incluso mayor que el obtenido para las repetidas cuatro fincas), en la comprobación del valor del conjunto «haber + exceso», que integra el minuendo, tendrá que aplicarse a los dos términos que componen esa suma el mismo método. Seguir otro sistema nos llevaría a un resultado carente de sentido. Sería algo así como querer hallar mediante una resta directa la diferencia que existe entre cuatro horas y media expresadas decimalmente (4,50 horas) y tres horas y cuatro sexagesimalmente escritas (3,15 horas).

En resumen: diferencia entre «haber hereditario» y «parte proporcional del total valor del caudal que se confiesa detraído» en beneficio exclusivo del heredero de que se trate, cesión onerosa a su favor de esa diferencia y «exceso de adjudicación» subyacente en todo ese proceso múltiple son términos de idéntico significado fiscal a los efectos de fijación de la correspondiente base liquidable.

Si en cualquier rama del Derecho conviene verificar la validez de las normas que se proponen mediante su confrontación con la realidad concreta de los múltiples supuestos de hecho para los cuales proyectan aplicarse, tal conveniencia deviene más imprescindible en el campo de un impuesto jurídico como el que nos ocupa, ya que éste traduce tales hechos a cifras concretas, opera sobre ellas y obtiene, en consecuencia, resultados cuantitativamente mensurables.

Hemos de partir del postulado (que, en todo caso, el inderogable principio de la seguridad jurídica reclama) de que hay que adoptar un criterio general único, válido para todas las variantes que se planteen, en cuanto a este problema de determinación del valor comprobado, que ha de servirnos para fijar la base liquidable de los excesos.

Partiendo, pues, de este principio y respetando, igualmente, la premisa (fundamentada ya en la primera parte) de que sólo los desequilibrios dimanantes de los valores declarados provocan el que fiscalmente pueda apreciarse dicho concepto de «exceso de adjudicación», veamos una vez más, aun a riesgo de incurrir en notorio abuso, cómo jugarían, sobre una serie de ejemplos numéricos, esas normas (diferencia entre valores declarados o diferencia entre los comprobados para el conjunto de bienes que integran cada hijuela), que hasta ahora habíamos conceptualmente rechazado para determinar el *cuánto* del exceso. Veamos también, en iguales casos, el modo de comportarse la norma que proponemos de aumentar la cuantía que el exceso arroja, según los valores declarados, en la misma proporción que el total declarado para la herencia (o, consecuentemente, el del haber hereditario «en abstracto») haya aumentado por causa del expediente comprobatorio (24).

Supuesto numérico que se plantea

Sea el esquema inicial (como siempre y para mayor simplificación) el de una herencia a la que concurren dos herederos, A y B, instituidos por iguales partes.

Los bienes inventariados (a los que identificaremos con letras minúsculas para evitar confusiones de cifras) son los que a continuación

(24) A los efectos de este trabajo conviene advertir que siempre que nos hayamos referido o, en lo sucesivo, nos refiramos al valor del “caudal relicto”, “caudal hereditario”, “total de la herencia”, “bienes inventariados” y otras expresiones análogas, han de entenderse en un sentido restringido, como referidas, exclusivamente, al “caudal partible” que forma el conjunto de los “haber hereditarios”, sin inclusión de aquellos otros bienes legados específicamente a persona determinada o adjudicados en concepto distinto del de herencia para los cuales no rige la norma del prorrateo conforme previene el apartado 2) del artículo 31 del Texto Refundido.

se expresan, con sus respectivos valores, declarados y comprobados, siguientes:

	<i>Declarado</i>	<i>Comprobado</i>
Bienes del inventario .. .		
a)	12.000	13.000
b)	9.000	12.000
c)	39.000	45.000
d)	21.000	25.000
e)	6.000	15.000
f)	33.000	50.000
	120.000	160.000

Según ya hemos dicho, los herederos A y B pueden distribuirse entre sí los anteriores bienes sin que el concepto fiscal de «exceso de adjudicación» se produzca, equilibrando los *valores declarados* de ambas hijuelas de cualquiera de estos modos:

Ya sea adjudicando al heredero A los bienes *a), b), c)* = 60.000 declaradas, y adjudicando al heredero B los bienes *d), e), f)* = 60.000 declaradas (o viceversa).

O ya sea adjudicando al heredero A los bienes *a), b), e), f)* = 60.000 declaradas, y adjudicando al heredero B los bienes *c), d)* = 60.000 declaradas (o viceversa).

Ante cualquiera de estas fórmulas, la Administración presume que al equilibrarse los valores declarados, tanto A como B llevan adjudicaciones equivalentes a sus haberes respectivos, es decir, exactamente iguales, o sea, 80.000 comprobadas cada uno.

Quiere decirse que para la Hacienda Pública, y a los efectos de concluir que en estos casos no existen excesos de adjudicación tributables, se admite que:

$$\begin{aligned}
 [a) + b) + c)] &= 80.000 \text{ comprobadas.} \\
 [d) + e) + f)] &= 80.000 \text{ comprobadas.} \\
 [a) + b) + e) + f)] &= 80.000 \text{ comprobadas.} \\
 [c) + d)] &= 80.000 \text{ comprobadas.}
 \end{aligned}$$

Tomemos ahora una serie de variantes en las que el «exceso de adjudicación» se produzca fiscalmente a causa de un *desequilibrio de los valores declarados*.

Primera variante

Un caso «límite» sería aquel en que al heredero A se le hubieran adjudicado la totalidad de los bienes inventariados, o sea, el conjun-

to $[a) + b) + c) + d) + e) + f)]$, cuyo valor declarado ya hemos dicho que es 120.000, y el comprobado, 160.000. ¿No resultaría completamente absurdo que hubiera que liquidar ese exceso, *ateniéndose a los valores declarados*, sobre una base de 60.000, cuando «se está viendo» que el coheredero B ha cedido *todo* lo que tenía derecho a adjudicarse, y ese *todo* se acaba de comprobar que vale 80.000?... ¿No lleva acaso el heredero A adjudicado de más *otro tanto* equivalente al importe de su haber (comprobado en 80.000), o sea, que el resto, *exactamente igual*, hasta las 160.000 comprobadas para la suma del inventario, lo adquiere como *cesión onerosa*?...

Sin llegar a estos extremos, recordemos que cuando al heredero A se le adjudicaban los bienes $[a) + b) + c)]$ no se producía exceso. Pues bien, si ahora le sobreañadiésemos *la mitad indivisa* del conjunto de las demás fincas inventariadas $[d) + e) + f)]$, ¿no llevaría adjudicado de más un importe equivalente *a la mitad* del haber del otro coheredero cedente, es decir, 40.000 comprobadas y no las 30.000 que obtendríamos de comparar los valores declarados?...

Resulta, pues, que para este y otros casos análogos NO ES ADMISIBLE EL CRITERIO DE FIJAR LA BASE LIQUIDABLE DEL EXCESO EN FUNCION DE LOS PROPIOS VALORES DECLARADOS.

Segunda variante

Adjudiquemos al heredero A el conjunto de bienes $[a) + b) + c) + d)]$, y puesto que en la anterior variante hemos rechazado el criterio de los valores declarados, intentemos operar ahora *con los valores comprobados* resultantes para cada hijuela.

El valor comprobado de lo adjudicado a A sería: $[a) (13.000) + b) (12.000) + c) (45.000) + d) (25.000)] = 95.000$, y como su haber hereditario comprobado es 80.000, llevaría un exceso de 15.000.

Sin embargo, del juego de los propios valores declarados resulta que ese heredero A *manifiesta* que sólo tiene derecho a un haber hereditario de 60.000 y al propio tiempo confiesa que los bienes que se le han adjudicado ($[a) (12.000) + b) (9.000) + c) (39.000) + d) (21.000)]$) valen 81.000, es decir, que tiene 21.000 de más. ¿Cómo podemos sostener, pues, que la base de tributación para el exceso sean tan sólo las 15.000 comprobadas?...

Por tanto, en este y otros supuestos similares NO RESULTA APROPIADO EL CRITERIO DE FIJAR LA BASE LIQUIDABLE DEL EXCESO EN FUNCION DE LOS VALORES COMPROBADOS.

Tercera variante

Visto lo que hasta aquí ha ocurrido puede argüirse que la Administración, haciendo uso de su especial prerrogativa, optaría por el valor más alto, o sea, por el resultante de los valores comprobados en la variante primera y por el declarado en la variante segunda.

Aunque esta solución implica ya por sí misma una contradicción insalvable (cual sería la de que en una hijuela en que el exceso aparece subsumido dentro de la propia adjudicación hereditaria, sin desintegración posible de los elementos que componen uno y otra, tendrían que adoptarse, en ciertos casos, como mayores valores, los comprobados para los haberes y los declarados para los excésos), propongamos un último ejemplo:

Véamos al comienzo del supuesto numérico inicial que si al heredero A se le adjudicaban los bienes *a)*, *b)*, *e)*, *f)*, y al heredero B se le adjudicaban los bienes *c)*, *d)*, NO SE PRODUCIA EXCESO fiscalmente apreciable, porque equilibrados los valores declarados de cada una de ambas hijuelas (60.000), la Hacienda Pública suponía que, tanto uno como otro, habían percibido el equivalente de sus respectivos haberes hereditarios comprobados (80.000).

Pero supóngase que, por mutua conveniencia, al heredero A se le sobreañade *la mitad indivisa* de las fincas correspondientes a B.

Los valores declarados y comprobados, respectivamente, para lo adjudicado a A serían:

	<i>Declarado</i>	<i>Comprobado</i>
<i>a)</i>	12.000	13.000
<i>b)</i>	9.000	12.000
<i>e)</i>	6.000	15.000
<i>f)</i>	33.000	50.000
Mitad indivisa de <i>c)</i>	19.500	22.500
<i>d)</i>	10.500	12.500
	90.000	125.000

Conforme a los valores declarados, pues, A llevaría un exceso de 30.000 sobre su haber hereditario (60.000), y conforme a los comprobados, dicho exceso sería de 45.000 sobre el aludido haber (80.000). Parece obvio que la base liquidable del exceso de adjudicación se fijaría en esas 45.000 comprobadas, *por ser valor superior* al que resulta del juego de los declarados.

Y, sin embargo, ¿no es cierto que habíamos dicho que si al heredero B se le adjudicaban íntegra y exclusivamente los bienes *c)* y *d)* no se producía exceso alguno y la Hacienda admitía que el total de lo percibido por él—y, en consecuencia, también para A los restantes bienes a éste adjudicados—equivalía al importe de su haber hereditario?... ¿No es cierto, igualmente, que si ahora B recibe tan sólo *la mitad indivisa* de dichos bienes—cuya otra mitad se la adicionamos a la hijuela de A—, percibirá la mitad que antes, equivalente a la mitad de su haber hereditario?... ¿O es que la mitad que le queda no es idéntica a la mitad que cede y ambas sumadas no arrojan el mismo total de antes?...

Pues si el *haber comprobado* de B era de 80.000, lo que en este caso tomará de menos y, por tanto, A llevará adjudicado de más, será un equivalente a 40.000, no esas 45.000 que habíamos obtenido, cifra esta última con la cual quienes nos «excederíamos» seríamos nosotros.

En consecuencia, TAMPOCO ES VALIDO EL CRITERIO DE FIJAR LA BASE LIQUIDABLE DE LOS EXCESOS EN FUNCION DEL MAYOR VALOR QUE RESULTE DE LOS DECLARADOS O DE LOS COMPROBADOS.

* * *

Quiérase o no, el único camino que conduce a una solución uniforme, válida para cualquier supuesto, lógicamente argumentada y matemáticamente aceptable es, por pura paradoja, el de «la ficción». Ficción que en el ejemplo numérico del inventario del cual habíamos partido consistiría en atribuir, *a todos los efectos que se deriven en orden a las adjudicaciones*, a aquellos seis bienes que lo componían los valores imaginarios del siguiente recuadro:

a)	16.000
b)	12.000
c)	52.000
d)	28.000
e)	8.000
f)	44.000
	160.000

Así tendremos que ya sea adjudicando a A los bienes *a)* (16.000), *b)* (12.000), *c)* (52.000) = 80.000, y a B los bienes *d)* (28.000), *e)* (8.000), *f)* (44.000) = (80.000) (o viceversa), o ya sea adjudican-

do a A los bienes *a*) (16.000), *b*) (12.000), *e*) (8.000), *f*) (44.000) = 80.000, y a B los bienes *c*) (52.000), *d*) (28.000) = 80.000 (o viceversa), no existe exceso.

También tendremos que en lo que hemos denominado «primera variante», al adjudicarle a A la totalidad de los bienes inventariados, como la suma de valores del anterior recuadro asciende a 160.000 (doble del valor comprobado de su haber), la base de su exceso será de 80.000.

Y de análogo modo, si se le adjudican los bienes [*a*) (16.000) + *b*) (12.000) + *c*) (52.000)] más la mitad indivisa de [*d*) (14.000) + *e*) (4.000) + *f*) (22.000)], llevará adjudicado un total de 120.000, con un exceso de 40.000 sobre su haber comprobado.

En la «segunda variante», el valor de lo adjudicado a A, conforme a las cifras «supuestas» en el propio recuadro que antecede, sería: [*a*) (16.000) + *b*) (12.000) + *c*) (52.000) + *d*) (28.000)] = 108.000, y como su haber hereditario comprobado es 80.000, llevaría un exceso de 28.000, no inferior, como antes ocurría, al de 21.000 resultante de los valores declarados.

Por último, en la «tercera variante», operando con los propios valores dichos, lo adjudicado a A sería:

	<i>a</i>)	16.000
	<i>b</i>)	12.000
	<i>e</i>)	8.000
	<i>f</i>)	44.000
Mitad indivisa de	<i>c</i>)	26.000
	<i>d</i>)	14.000
		120.000

con una base liquidable para el exceso de 40.000, igual a la mitad del importe de su haber comprobado (80.000), que es la que estimábamos correcta.

Si ahora nos fijamos en esos valores que, *para los efectos de apreciar si existe o no exceso de adjudicación tributable, así como para determinar, en su caso, la cuantía de éste*, hemos asignado en el recuadro a los bienes singulares que componen el inventario, notaremos en seguida que cada uno de ellos representa el propio valor que para él se declaró más un tercio de sí mismo.

Así, al bien *a*), cuyo valor declarado era de 12.000, le hemos asignado un valor de 12.000 + 4.000 = 16.000.

A *b*), declarado en 9.000, le hemos asignado un valor de 9.000 + 3.000 = 12.000.

Etcétera.

Ese módulo de aumento es exactamente el mismo que antes habíamos obtenido en el expediente comprobatorio para el conjunto del caudal partible, pasando en éste de un valor declarado de 120.000 a uno comprobado de $160.000 = 120.000 + 40.000$ (tercio de sí mismo).

Además, en la práctica, los propios interesados nos darán ya en el documento particional, sean cuales fueren las distintas variantes de adjudicaciones por las que opten, el importe de la suma, conforme a los valores declarados, de cada hijuela.

En resumen, que, como ya habíamos anticipado desde un plano conceptual, queda también ahora numéricamente demostrado que para fijar la base liquidable de un exceso de adjudicación expresamente declarado (o directamente «deducido» del juego de los propios valores que se declaren) HABRA DE INCREMENTARSE EL VALOR DECLARADO RESULTANTE PARA DICHO EXCESO EN LA MISMA CUANTIA EN QUE, PROPORCIONALMENTE, EL VALOR DECLARADO PARA EL CAUDAL HEREDITARIO PARTIBLE RESULTO AUMENTADO A CONSECUENCIA DE LA COMPROBACION.

Esto se obtiene por medio de una simple regla de tres:

Llamando al valor declarado del caudal hereditario partible C.D., al valor comprobado del mismo C.C., al exceso que resulta de los propios valores declarados E.D. y a la base que debemos asignar a este último X, tendremos que:

$$\frac{X}{E. D.} = \frac{C. C.}{C. D.} \quad \text{de donde} \quad X = \frac{E. D. \times C. C.}{C. D.} \quad (25)$$

* * *

(25) También puede formularse así:

$$X = \frac{C. C.}{C. D.} \times E. D.$$

De esta última manera se simplifican las operaciones a realizar en todos aquellos supuestos en que sean varios los herederos que declaren llevar excesos.

Efectivamente: si dividimos primero el *valor comprobado del caudal hereditario partible* (C. C.) entre el *valor declarado* para él (C. D.), obtendremos el coeficiente de aumento experimentado por este último. Bastará luego ir multiplicando sucesivamente los *valores declarados para cada exceso* por ese *coeficiente* y obtendremos las respectivas *bases comprobadas* de las liquidaciones a girar por tal concepto.

Sea, por ejemplo, una herencia en la que tres de los herederos instituidos, a quienes llamaremos A., B. y C., declaran llevar unos excesos de adjudicación de 12.000, 5.000 y 6.300 pesetas, respectivamente. Si el valor declarado para el

Se dirá que esta solución es un tanto artificiosa y que mediante ella se opera con unos valores «imaginarios», «ficticios», los cuales no representan ni los que los interesados declaran ni los que la Administración ha comprobado para cada uno de los bienes específicos.

Piénsese, no obstante, que esa «ficción» no la proponemos nosotros, sino que arranca de un imperativo legal:

Ya hemos visto que el Impuesto de Sucesiones (por las razones que sean) se fundamenta en la presunta «participación individual» de cada uno de los herederos, «con independencia absoluta de los bienes que se le adjudiquen», de tal modo que es obligado «prorratar» entre ellos «cualquier aumento que en la comprobación de los bienes resulte», por «*haber de entenderse*» que la partición se ha hecho siempre «con estricta igualdad».

La anterior ficción se mantiene, como también creemos haber probado suficientemente, para el caso de que el valor *declarado*, en cuanto a los bienes que se adjudican a un heredero, sea igual al valor *declarado* resultante para su haber estrictamente hereditario, aunque los comprobados de uno y otro no concuerden (salvo incoacción del expediente especial de declaración de fraude de Ley del párrafo 2 del art. 24 de la Ley General Tributaria, a que ya hemos aludido).

¿Cómo no va a mantenerse de igual modo esa ficción del prorrateo para fijar el valor de un concepto fiscal, el del «exceso de adjudicación», cuyo significado no es otro que aquello que «excede» o «sobrepasa» lo comprendido en las ficciones que le preceden?...

Desde el mismo instante en que la Administración consienta que dos hechos imponderables (la transmisión hereditaria y la cesión onerosa de bienes), cuyas normativas fiscales responden a contrapuestos principios (valor del «derecho a la participación», en el primero, y «valor del bien adquirido», en el segundo), se ofrezcan a su análisis amalgamados en un conjunto de «adjudicación global, ambivalente e indiscriminado», resulta imposible aplicar a ese *totum revultum* unos y otros principios.

total caudal partible fue de 400.000 pesetas y el comprobado de 940.000, operáramos de este modo:

$$\frac{940.000}{400.000} = 2,35 \text{ coeficiente de aumento experimentado.}$$

Exceso declarado de A.	12.000	× 2,35	= 38.200,	base comprobada.
" " " B.	5.000	× 2,35	= 11.750,	" "
" " " C.	6.300	× 2,35	= 14.805,	" "

Conviene advertir que, a fin de obtener unas bases con errores inferiores a una unidad, el cociente de la división primeramente indicada debe seguirse aproximando en tantos números decimales, si antes no es exacto, como cifras tenga el mayor de los excesos que se declaren, más una.

Téngase en cuenta que si la tan repetida norma de prorratear el aumento obtenido deviene inexcusable para determinar cuál sea «el verdadero valor comprobado» de las «participaciones hereditarias individuales» sometidas al Impuesto sobre las Sucesiones, en función misma de aquélla habrá de hacerse aflorar a la superficie tributaria la cuantía de lo que constituye el resto del mencionado conjunto inescindible que forma la adjudicación en pago del «haber-exceso».

Usando de un símil, no por vulgar menos válido, diríamos que esa dicotomía que por algunos se pretende (repercusión proporcional del aumento para saber hasta dónde «se hereda» y cómputo exclusivo del valor comprobado de los bienes que integran el lote para saber desde dónde «se adquiere onerosamente») sería lo mismo que buscar el modo de poder teñirse de negro los átomos de hidrógeno, y de rojo los átomos de oxígeno, de un vaso de agua.

Otro caso muy distinto supondría aquel en el cual después de haberse concretado el lote de bienes adjudicados a un heredero en pago de su haber y por un valor equivalente al mismo se dijera que, a más de ello, se le adjudicaba en exceso otro bien, otra serie de ellos o ciertas partes indivisas de los mismos plenamente individualizados. Aquí, sí: escindido el total proceso en dos adjudicaciones sucesivas e independientes objetivamente delimitadas, la cesión recaería sobre unos bienes específicos, cuyo valor comprobado integraría la base de ella. Tal vez hubiera convenido que esta concreción se exigiera siempre, pero, en todo caso, se trata de un problema *de lege ferenda* ajeno a nuestros propósitos.

No quisiéramos silenciar, en cambio, algunos otros reparos que, al menos a primera vista, pudieran también formularse a esa solución que hemos propugnado para fijar la base de los excesos subsumidos dentro de las propias adjudicaciones hereditarias.

Así, cuando el valor del exceso declarado sea el real (caso frecuente si la suma pactada como compensación se aplaza y el heredero cedente exige la garantía documentada de su crédito), parece excesivo que ese valor verdadero pueda llegar a sobrepasarse a causa del aumento obtenido en la comprobación del caudal partible.

Del mismo modo, si ese mayor valor comprobado, en virtud del cual se determinarán las bases, proviene exclusivamente (o en su mayor parte) del aumento sufrido por los valores declarados para los bienes que forman el lote adjudicado al heredero *que lleva menos*, diríase que ello pugna con la consecuencia de que por tal causa también resulte *aumentada* la base de la cesión *para el heredero que declaró llevaba adjudicado de más*.

En relación con el primero de estos dos supuestos piénsese, no obstante, a modo de inciso, que el simple hecho de que la cifra reconocida como «compensación a percibir» sea la que realmente se *adeude*, no entraña que necesariamente haya de ser la misma en que se valoró el *exceso*. El heredero cedente puede haber recibido ya parte de la compensación pactada (lo cual también suele ocurrir) y entonces no tendrá inconveniente en que figure tan sólo como valor de dicho exceso *el resto pendiente de pago*.

C Pero lo que ahora, en términos ya generales, interesa más resaltar es el hecho de que ninguna de las anomalías expuestas podrá imputarse al sistema que defendemos y con ello a la Hacienda, ya que derivarían exclusivamente de la incongruencia y mutua incompatibilidad de los datos aportados por los propios interesados. Porque si éstos no declaran *qué bienes concretos* de los de la hijuela del cesionario se le adjudican a éste en pago de su participación en la herencia y qué otros en el concepto de exceso, o sea, por causa de la cesión convenida, el único dato con que el liquidador cuenta es la confesión tácita de que los respectivos valores de ambos hechos tributarios presentan una relación determinada, es decir, que el valor de lo cedido (parte que se detrae al derecho del otro coheredero) es tantas veces mayor o menor que el valor correspondiente a su estricto haber hereditario. Si entonces, mediante una comprobación adecuada, los valores de esos haberes hereditarios aumentan, no vemos razón alguna objetiva para que esa relación con el nuevo valor comprobado que haya de asignarse a la cesión no se mantenga.

Porque si se admite el aumento obtenido en el haber y se defiende a ultranza la intocabilidad del valor declarado para el exceso, el coeficiente de relación entre uno y otro variaría totalmente, confesándose así que el único dato, repetimos, que al liquidador se le ofreció para discriminar dichos conceptos, o sea, la proporción entre el total adjudicado, el importe del derecho hereditario y la cuantía de lo cedido a título oneroso, era falso.

Renúnciese entonces a la incongruencia de los propios actos, no quieran extraerse defectos legales de manifestaciones equívocas y búsquese remedio por otros caminos.

Bien pueden ser algunos de éstos:

a) Si el valor que quiere declararse para el exceso de adjudicación es el real, declárese también el verdadero valor de los bienes inventariados.

b) Si, por el contrario, se desea mantener para éstos unos valores declarados inferiores a los reales (a resultas de los que en la comproba-

ción se obtengan) aminórese, en igual proporción, la cifra resultante para el exceso.

c) Finalmente, si se prefiere, aún puede optarse por otra tercera solución, que reiteradamente venimos apuntando: concrétnese en el lote total del heredero que lleva adjudicado de más qué bienes o partes indivisas de ellos se le atribuyen en equivalencia de su estricto haber hereditario y cuáles otros se le sobreañaden o adjudican en exceso.

Digamos, pues, a modo de conclusión de esta última parte, que el método que hemos propuesto para fijar la base liquidable de los excesos de adjudicación resultantes del desequilibrio de los valores declarados, a más de superar los graves inconvenientes que con otros sistemas se originan, fuerza, en cierto modo, a que los contribuyentes planteen ante la Administración un cuadro de hechos imponibles más homogéneo, compatible y claro.

Ventajas, por cierto, nada despreciables en una materia que ya de por sí es harto propicia al confucionismo a causa de la escasez e imperfección de las normas que la regulan.

* * *

Quedan sin estudiar aún muchos otros problemas.

Tal sería el que se refiere al tipo de tributación aplicable a esos excesos cuando la herencia recae sobre bienes inmuebles y muebles. ¿Habrá de estarse para estos efectos a la naturaleza de los que se adjudican en bloque al heredero-cesionario?... Si, aun así, los que componen la hijuela de éste son bienes de una y otra clase, ¿se habrá de observar lo que dispone el artículo 12 o tendría que aplicarse por analogía lo que preceptúa el artículo 44, ambos del Texto Refundido?...

También, por ejemplo, la duda, relacionada en cierto modo con la anterior, de si procede y en qué forma se limitaría a los inmuebles el recargo del 20 por 100 a que se refiere el artículo 72 del propio texto legal.

Las exenciones, ahora ampliadas, que se recogen por el apartado 13 del número 1 del artículo 65 en cuanto a los excesos y diferencias que unos herederos deben abonar a otros por las adjudicaciones de bienes que se produzcan, en virtud de lo dispuesto en los artículos 821, 829, en el párrafo segundo del artículo 1.056 y en el primero del 1.062 del Código civil.

O el de aquella otra exención, totalmente nueva, del último párrafo del artículo 43 del repetido Texto Refundido, concedida para el exceso que pudiera existir cuando, en cumplimiento de las disposiciones testa-

mentarias del causante, se adjudique al cónyuge viudo el usufructo de la totalidad del caudal, y a los hijos legítimos la nuda propiedad.

Etcétera.

He aquí, pues, que el un tanto ampuloso título de «Tratamiento fiscal de los excesos de adjudicación en las herencias», con el que encabecé este modesto trabajo, se ha quedado reducido a un tímido ensayo de terapéutica de algunos de sus síntomas patológicos, siquiera sean los más llamativos.

Pido perdón por ello; pero antes de poner el último punto viene a mi memoria un antiquísimo verso, que dice de esta manera:

*Procure siempre acertalla
el honrado y principal;
mas si la acertare mal,
defendella y no enmendalla.*

Hecha exclusión del segundo adjetivo, porque lo de «principal» no cuadra, quisiera recoger tan sólo aquello de la honradez de intención que he tenido en procurar algún acierto.

Ello no obstante, si otras opiniones más autorizadas que la mía demuestran que ando equivocado, prometo anticipadamente que, haciendo caso omiso del maquiavélico consejo de la última estrofa, no habría de «defendella», sino «enmendalla».

Seminario de Derecho Hipotecario
de Extremadura

Ponente: GABRIEL HORTAL SÁNCHEZ
Registrador de la Propiedad

NOTAS

En torno a la formación del contrato (Comentarios a la obra de A. Ravazzoni *La formazione del contratto: I.-Le fasi del procedimento*, Giuffrè, Milán, 1966, 413 págs.)

INTRODUCCION

Desde los tiempos nebulosos de leyenda en que el héroe GILGAMESCH interroga a los dioses acerca del contrato, pasando por los no menos lejanos de los patriarcas Noé y Abraham ligados por un «pacto» con Yahvé, la preocupación inicial del hombre parece haber sido interrogarse acerca del *porqué* del contrato. Que la idea primera ha ligado al contrato con la divinidad parece ciertamente probable. Cabe aquí recordar la conocida cita de CASTÁN, tomada de COGLIOLO, de que entre todos los antiguos pueblos arios la base de la fuerza obligatoria de los contratos era el temor de violar el *votum* hecho a los dioses.

Con el Derecho romano, al menos en su fase antigua del procedimiento formulario, parece que preocupa el *para qué* del contrato, de manera que tan sólo cabe contrato cuando crea obligaciones, que cabe proteger mediante las acciones, hasta el punto de que si no hay protección de la acción se habla de «pacto» y no de contrato. Las solemnidades formales son de tipo real y no simbólico, y aparece el documento con un carácter de «prueba» del contrato.

El Derecho germánico, en este punto, implica una vuelta atrás al formalismo, más grosero que el romano, de tipo simbólico, dominando

la idea del *con qué* del contrato. El documento tiene ya un valor constitutivo y no meramente probatorio.

Las mismas consideraciones precedentes del Derecho germánico valen para el antiguo Derecho consuetudinario español de la Edad Media.

Se debe a la influencia de los canonistas la innovación del principio espiritualista en la contratación: se atiende al *qué* del contrato, al acuerdo de voluntades, cualquiera que sea la forma en que se celebre. En este sentido, la conocida Ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá.

Es de notar cómo este principio espiritualista se impone poco a poco en casi todo el mundo civilizado, recogidas las enseñanzas tradicionales por grandes juristas—cual DOMAT y POTHIER—, que cristalizan las soluciones medievales y las depuran, preparando con ello el ambiente propicio de la época de la codificación.

Con la llegada de las codificaciones parece que lo que preocupa es el *cuándo* de ese acuerdo de voluntades: es el dogma de la coexistencia de los dos consentimientos plasmado en el primer Code civil y en los que le siguieron. Así, nuestro Código civil en el artículo 1.254 («el contrato *existe* desde que...»).

A esta fase codificadora se debe, unido a los trabajos de los pandectistas en el siglo pasado, el hecho de que el contrato aparece como una figura clave que preside y en la que se sustancian toda serie de instituciones jurídicas.

Con el siglo actual, tras la fuerte intervención estatal en la contratación y el predominio de las ideas comunitarias sobre las meramente individualistas de la autonomía de la voluntad, se habla de la «crisis» del contrato, y la pregunta que la doctrina se hace es ahora el *cómo* del contrato. En este sentido moderno, a este interrogante se responde con una interesante aportación del profesor RAVAZZONI, que paso a comentar a continuación. Plantea toda una serie de cuestiones, como las de: ¿Las negociaciones forman parte del proceso formativo del contrato? ¿Afectan los vicios de la voluntad a las negociaciones? ¿Existe responsabilidad para las partes en las negociaciones y por qué? ¿Cabe una formación progresiva del contrato? ¿En qué consiste propiamente la oferta de contrato? ¿Cabe la determinación por otra persona del contenido de la oferta? ¿Qué determinaciones de forma, plazo, etc., es dable hacer en la oferta? ¿Quid respecto a la recepción de objetos no pedidos? ¿En qué momento tiene relieve el error? ¿Existe un concepto único de revocación o es un tipo especial la revocación de la oferta? ¿Cómo debe comunicarse la revocación a la otra parte? ¿Existe obligación de indemnizar caso de revocación? ¿En qué reside la fuerza de la oferta irrevocable? ¿Cabe hablar del «rechazo» cual categoría autónoma? ¿Cómo

adecuar la aceptación a la oferta? ¿En qué consiste el «comportamiento concluyente» y qué valor puede tener? ¿Existe revocación de la aceptación o debe hablarse de «retiro» en tal caso? ¿Qué valor tiene la recepción y cuál es su incidencia sobre el momento de perfección del contrato? ¿Qué ocurrirá en los casos especiales de contrato con obligaciones del solo oferente, de los contratos formales o de ofertas especiales? ¿Qué valor tiene la ejecución del contrato iniciada antes de la aceptación?

Cuestiones que va resolviendo el autor guiado de la buena orientación que supone el tener a mano la normativa de un Código moderno, cual el italiano de 1942. Ante las cuestiones planteadas, entre otras, uno no puede sino lamentar el retraso de nuestro viejo Código en ponerse al día. En los tiempos de su aparición los *medios de comunicación* eran bien escasos y no siempre fiables ni seguros: de las palomas mensajeras y las diligencias y postas, se pasaba ya a las máquinas de vapor. Estaba el país todo retrasado, anclado en una fase económica y social de tipo agrario «preindustrial». No es de extrañar que el planteamiento y soluciones incorporadas al Código sean casi las mismas que las aportadas por el Código civil napoleónico de primeros de siglo.

Que nadie duda de la bondad de las soluciones de nuestro Código, para aquellas circunstancias en que nació, es obvio. Pero sin ningún ánimo polémico, es dable recordar aquí las *innovaciones* aportadas al mundo por la técnica en menos de cien años: teléfono, luz eléctrica, telégrafo, radio, televisión, aviación, reactores, télex, satélites, láser, vuelos espaciales, videofonía, etc. El mero hecho de que tales adelantos técnicos estén ahí, ante nosotros, no hace pensar, ¿es que los medios de comunicación no influyen sobre el mundo de los negocios o, de otro modo, en la vida del Derecho? ¿No es dable ver que lo que hoy importa es el «cómo» nace el contrato?

Parece se deba comenzar a dejar a un lado las tópicas cuestiones del «momento» de la perfección del contrato y las teorías consiguientes y de analizar las distintas *actividades* de formación del contrato. El que quepa llamarlas «procedimiento», cual RAVAZZONI hace, o bien sean encuadrables en otro fenómeno jurídico es lo de menos. Lo importante aquí es plantear toda esta rica problemática de la «formación» del contrato de la mano del profesor italiano, contrastar sus soluciones con las nuestras, observar la bondad de sus resultados en base a la normativa italiana y tratar de lograr unas consecuencias aceptables que puedan servir en nuestro país en el futuro.

Para obtener esta *finalidad propuesta* en último término me ha parecido preferible utilizar el siguiente *esquema*: primero, encuadrar la

personalidad del autor dentro de su país; segundo, dar una visión sucinta del desarrollo de la obra; tercero, ofrecer un resumen de las ideas directrices de la obra; cuarto, dar otra visión de los puntos más discutibles de la obra; quinto, una recapitulación de lo expuesto, con las sugerencias más notables derivadas; sexto, unos comentarios críticos en cuanto a la forma y el fondo de la obra comentada; séptimo, una glosa de la importancia actual de la obra en los planos doctrinal, de la práctica y profesional, y, finalmente, un resumen de conjunto.

Si se dijo, con SUMMER MAINE, que *la Historia del Derecho* es un proceso evolutivo que del *status* conduce al «contrato» gráfica y acertadamente, creo cabría decir también que *la historia del contrato* es la evolución experimentada por la humanidad desde sus iniciales «porqués» hasta el moderno «cómo» acerca de la idea del contrato.

I. LA PERSONALIDAD DEL AUTOR

Dentro de la serie de publicaciones que viene editando la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma aparece esta nueva aportación del profesor RAVAZZONI. Cabe aquí mencionar anteriores obras suyas, que delatan al privatista atento a la realidad social y de fino análisis del tema a tratar: aparece en 1957 su primera obra en forma monográfica, *La fideiussione*, y a ella siguen, en 1962, *La riparazione del danno non patrimoniale* y *La costituzione in mora del debitore*. La variedad de temas tratados sugiere una prometedora dedicación al Derecho privado y parece indicar la juventud del autor, dadas la fuerza y garra que pone en sus investigaciones.

La obra que paso a comentar aparece en el horizonte español en un momento en que el tema de la *formación del contrato* ha quedado poco menos que estereotipado en las consabidas nociones acerca de la *generación* del contrato que nos dan nuestros civilistas. No ha tenido demasiado relieve la aparición de esta obra del profesor italiano, a salvo las escasas páginas de la obra dedicadas en alguna revista (1) y la referencia explícita que le dedica el profesor DÍEZ PICAZO (2).

Sin embargo, como veremos en seguida, la obra tiene un considerable interés y, consecuentemente, no parece ocioso dedicarle alguna atención.

(1) Véase *Revista de Derecho Notarial*, núm. 63, "Lectorado", págs. 306 y siguientes, *limitándose* a los contactos preliminares, cedibilidad de la oferta, oferta irrevocable, oferta "salvo vendido", oferta y aceptación (congruencia), revocación de la oferta y tratos preliminares en la donación.

(2) Véase *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, 1970, página 880.

Cumplo así el encargo recibido hace algún tiempo, y si algo se gana en la demora del comentario es quizá la perspectiva que da el tiempo y el contraste con la práctica profesional.

II. EL TEMA DESARROLLADO

La obra viene desarrollada en *catorce* capítulos, agrupados en *cuatro* partes, dedicadas a «la formación del contrato y el concepto de *procedimiento jurídico*», a las fases *eventuales* del procedimiento, a las fases *necesarias* del procedimiento y a las formas *especiales* de procedimiento. Haremos una somera exposición de los puntos tratados por el autor, con la pormenorización necesaria en aquellas materias que han parecido de mayor relieve.

CAPITULO I

Formación del contrato y concepto de «procedimiento jurídico»

Se analizan las diversas actividades dirigidas a la conclusión del contrato. Recurre a la noción de «procedimiento» y distingue entre sus reglas las dirigidas específicamente a disciplinar la consecución del resultado final y las reglas de comportamiento a cargo de las partes. Finaliza este capítulo con el *plan* de la obra.

Comienza su investigación con el análisis de las diversas *actividades* dirigidas a la conclusión del contrato, unas necesarias y otras eventuales. Tales actividades están sustancialmente *estructuradas*, por sus recíprocas finalidades y por el mismo ajuste social, en un orden progresivo determinado, y, además, estas actividades están entre sí *coordinadas* para la consecución de un determinado fin: la conclusión del contrato. Si este fin se alcanza, algunas de ellas vienen a constituir «parte integrante» del contrato; si el fin no se logra y el contrato no se concluye, se abre la disputa sobre la naturaleza jurídica de cada una de estas actividades aisladamente consideradas.

El punto central de la incertidumbre consiste en la dificultad de *definir* jurídicamente determinadas actividades, que pueden tener un relieve en la fase de formación del contrato y un relieve diverso cuando el contrato está concluido. Otro problema es el de la configuración del llamado «encuentro» de la voluntad de las partes, o sea, si la identidad

del querer debe permanecer hasta el momento de la conclusión del contrato.

El hecho de que sean actividades ejecutadas por dos o más personas, que deben ser continuadas en un orden progresivo necesario, que tienen una propia autonomía y que están coordinadas para la consecución de un determinado resultado, convence al autor de que cabe ensayar la noción de «procedimiento jurídico de Derecho privado». Noción ésta importada del Derecho público, en concreto, el Derecho administrativo, y cuyos límites y determinaciones características son muy discutidos. Tiene el gran valor de permitir un criterio de distinción entre las actividades con relieve procedimental y las con relieve sustancial.

La doctrina administrativa aparece dividida en la formulación de dos distintas nociones de procedimiento: la una, sustancial, y la otra, formal; habla también de una noción estricta y de otra amplia. Entendido *en sentido sustancial*, el procedimiento es considerado como un complejo de actos, cada uno de los cuales produce efectos que son siempre prodrómicos, parciales o complementarios respecto al efecto central producido por un acto final, en que el procedimiento se resuelve. Es ésta la noción de «acto-procedimiento», muy similar a la noción de «supuesto de hecho complejo».

Ahora bien, estas nociones administrativas, trasplantadas al Derecho privado, vienen a desvanecerse en otros institutos ya conocidos: así, la noción de «acto-procedimiento» vendría a perder toda su individualidad; las distintas actividades desenvueltas precedentemente deben asumir la cualidad de «elementos» del supuesto de hecho y tan sólo de esta manera pueden ser consideradas. Algunos ejemplos nos lo demuestran, así: formación de la manifestación de voluntad en las personas jurídicas, autorizaciones para la ejecución de actos jurídicos, poderes, etc. Toda esta serie de fenómenos fueron hace ya tiempo englobados por la doctrina civilista dentro de la falta de *legitimación* para la ejecución del negocio; la legitimación viene a incidir sustancialmente en el área de relevancia del supuesto de hecho negocial. Por tanto, dicha noción de procedimiento, en sentido *sustancial*, no es válida en Derecho privado, ya que se engloba en el supuesto de hecho negocial como «elemento» del mismo.

Entendido el procedimiento, en sentido *lato* o *formal*, como sucesión de actos, en su orden y en sus relaciones recíprocas, en vista del efecto final, parece que es noción más aceptable para el Derecho privado, aunque no del todo adecuada en los casos de actividades complejas y reguladas por normas que prescriban tiempos, modos y condiciones de su formación. En tales casos, más que hablar de acto o «supuesto de

hecho», parece mejor referirse a la noción de procedimiento en sentido lato.

Siguiendo a FALZEA distingue entre procedimiento y supuesto de hecho de «formación sucesiva», cuya línea de demarcación podría ser la del perfil dinámico o estático en que el conjunto de actos vienen considerados. Se anticipa a posibles objeciones respecto a la utilidad de la noción de procedimiento, ya que en algunos casos (v. gr., constitución en mora del deudor, exigencias de una aceptación preventiva o de un *onere* de comportamiento) tales fenómenos se resuelven en la figura conocida de la «carga» o conjunto de cargas. Afirma la homogeneidad de la categoría de procedimiento cuando las actividades en que se sustancia no han de ser originadas por el mismo sujeto, por lo que deben ser objeto de consideración especial.

La noción de procedimiento exige una *distinción* entre aquellas reglas del mismo dirigidas específicamente a disciplinar la consecución del resultado final y aquellas otras reglas de comportamiento a cargo de las partes. *Las reglas del primer tipo* exigen una reglamentación del orden de los actos, de su modo de aparición y de las recíprocas relaciones entre ellos intervinientes o, de otro modo, deben decirnos: cuándo cabe decir que el procedimiento está iniciado, los requisitos y naturaleza jurídica de cada uno de los actos del procedimiento, el orden temporal y relaciones intervinientes entre ellos, la amplitud y límites del poder reglamentario concedido a la autonomía de los particulares y el momento final del procedimiento en que el efecto jurídico viene conseguido. Dentro del *primer punto* tienen su encuadre los problemas de la responsabilidad por violación de las obligaciones recíprocas a cargo de las partes en el desarrollo del procedimiento.

Las reglas del segundo tipo tienen mucho de común con las reglas de comportamiento en el procedimiento civil, ya que actúan en un doble plano, en el sustancial y en el procedimental.

Expuesto lo que antecede, el encuadre de las actividades de formación del contrato *dentro* de la noción de «procedimiento jurídico de Derecho privado» no presenta dificultades para RAVAZZONI. Distingue, en primer lugar, la determinación de lo referente a la *formación* del contrato y lo inherente al *contenido* del contrato mismo. Las consecuencias de adoptar esta noción de procedimiento jurídico son dobles: de un lado, las reglas relativas al procedimiento comienzan a tener eficacia desde el momento de iniciación del procedimiento y cesan con el fin del mismo (conclusión del contrato), y de otro lado, las reglas relativas a los derechos y deberes a cargo de las partes, de ser violadas pueden hacer derivar obligaciones de resarcimiento o reembolso, que sobreviven a la cesación del procedimiento y son independientes del mismo.

Finaliza este capítulo con el *plan* de la obra, que es una *primera parte* dedicada al estudio del procedimiento de formación del contrato bajo el perfil del resultado final a conseguir. Avanza el autor que en una *segunda parte* estudiará las reglas que crean obligaciones para las partes en el desenvolvimiento del procedimiento y las consecuencias derivadas de su violación.

Dentro de las fases *eventuales* del procedimiento agrupa los capítulos II, III, IV y V, dedicados a los «contactos preliminares», a las «negociaciones» (3), a la «minuta contractual» y a los «contratos preparatorios».

CAPITULO II

Dedicado a los «contactos preliminares», comienza con una distinción entre contactos preliminares y negociaciones: parece existir una serie de actividades distintas de las negociaciones de toda evidencia: así, los contactos preliminares, los sondeos, la solicitud de tratar, la declaración de estar dispuesto a tratar, la publicación de listas de servicios... El requisito de la plenitud las excluye de las «ofertas» contractuales, y el requisito de la bilateralidad—fundamental de las «negociaciones»—, les distingue de éstas. Todas estas actividades no entran ni en la fase propiamente formativa del contrato ni en sus negociaciones: están desligadas de la reglamentación en tema de formación del contrato. Son «prodrómicas» respecto al procedimiento de formación del contrato: la cosa es clara respecto a las reglas *procedimentales*, pero no tanto en orden a las reglas con efectos *sustanciales*. Anticipa—de la *segunda parte* de la obra—que el artículo 1.337 del Código civil italiano parece difícilmente aplicable, pero nada obsta a la aplicación del artículo 2.043 de dicho Código (4). Entiende RAVAZZONI que la *naturaleza* de tales actividades se centra en ser una solicitud o demanda que una parte dirige a la otra para tratar la eventual conclusión del contrato: son actos de «participación» de voluntad futura.

CAPITULO III

Está dedicado a las «negociaciones» como *fase* facultativa del procedimiento y trata de las posiciones doctrinales sobre ellas, de su relevan-

(3) Creo más correcto el uso del término «negociaciones» que el de «tratos preliminares» que emplea la doctrina: así, Díez PICAZO, *Fundamentos...*, cit., página 188. No sólo por el sentido del vocablo, sino para diferenciarlo de los «contactos preliminares».

(4) El artículo 1.337 no tiene equivalente en nuestro Código. El artículo 2.043 viene a corresponder a nuestro clásico artículo 1.902.

cia directa, de su noción técnica, de su tratamiento jurídico, del perfil subjetivo de las mismas y de su forma.

Las «negociaciones» (*trattative*) suelen ser consideradas jurídicamente irrelevantes por la doctrina mayoritaria, a salvo la excepción de la responsabilidad por comportamiento que no sea de buena fe ex artículo 1.337 del Código civil italiano. Para RAVAZZONI tienen una *relevancia directa* no sólo en orden al comportamiento de buena fe, sino en orden a la formación de la voluntad, a la interpretación del contrato y en tema de contrato de seguro.

La doctrina no suele definirlas, sino que da los trazos diferenciales entre oferta contractual y mera negociación, cuyas *diferencias* consistirían: según unos, en que si la oferta es un «elemento» de la actividad de formación del contrato, las negociaciones no lo son nunca; para otros, las negociaciones estarían movidas por una simple voluntad de tratar el negocio, que es cosa muy diversa de la voluntad de llegar a concluir el contrato. Ambas *posiciones* son *rechazadas* por el autor, dado que no parece posible distinguir una voluntad de negociar o tratar de una voluntad de concluir el contrato, ya que el artículo 1.337 condiciona el comportamiento a la buena fe. Aunque en abstracto sea defendible, ello es consecuencia del primer criterio distintivo de que las negociaciones no inciden sobre los elementos estructurales del contrato como lo hace la oferta o la aceptación; pero no está nada claro dónde cesan las negociaciones y dónde comienza la actividad de formación del contrato (basta pensar en la posibilidad de repetidas ofertas contractuales con diversas modalidades). Son actos en que la determinación del punto en que se hacen parte de las negociaciones o constituyen un elemento del futuro contrato sale por completo del poder de quien los origina.

Para RAVAZZONI una *noción empírica y genérica* de las negociaciones es fácilmente observable en la realidad económico-social. Recoge la brillante y perspicaz descripción de REDENTI (5): «Cada uno ensaya y estudia a su 'adversario'; cada uno, mediante proyectos y contraproyectos, ofertas y ofrecimientos aderezados con 'sí' y con 'pero', simuladas huidas y enojados retornos, trata de llevarlo al 'máximo' (o, respectivamente, al 'mínimo'); cada uno agranda su propia mercancía, lamenta el daño propio y exalta las ventajas del otro.» Recuerda el autor cómo la oferta y la aceptación son actos volitivos cuya emisión implica un sutil e intenso trabajo formativo interior, y que *su formulación implica o debería implicar*: 1) un conocimiento completo de la situación de hecho en cada uno de sus «elementos», sobre la cual el futuro contrato vendría a operar; 2) una valoración económica general de cada

(5) Véase *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1934, pág. 161.

uno de estos elementos (problemas de mercados, etc.); 3) una consideración en término de «interés», o sea, sobre la base de la situación objetiva de necesidad de cada uno, relativamente a los bienes ya valorados en sede económica general. Si *el primer punto* contempla un dato meramente cognoscitivo, *los otros dos* implican la formulación de un *juicio*. Tales exigencias suelen ser sentidas en los contratos importantes. Pues bien, las negociaciones consisten *sustancialmente* en esto: en la participación a la otra parte de las declaraciones de conocimiento o de juicio, participaciones que deben ser recepticias. O de otro modo, las negociaciones tienen necesariamente carácter bilateral.

Punto crucial de su investigación es el relativo a la existencia del elemento *subjetivo* en las negociaciones: son comportamientos que deben ser tenidos en condición de voluntariedad o de consciencia.

Las negociaciones pertenecen, cual fases o momentos, al procedimiento de formación del contrato, y *en tal sentido*, y bajo el perfil empírico-social, se consideran siempre como actividades necesariamente bilaterales. Son, pues, actividades dirigidas a facilitar o determinar la conclusión del contrato. Vienen a ser un *acto* más del procedimiento. Son una fase meramente *facultativa* en el iter procedimental para la formación del contrato.

Las *normas aplicables* a las negociaciones son las que fijan las reglas de comportamiento a observar en el procedimiento y de cuya violación se deriva una responsabilidad. El autor se remite a la *segunda parte* de su obra.

Cabe preguntarse si las negociaciones deben ser desenvueltas necesariamente por la parte o por un representante suyo o bien por un tercero con o sin mandato. Exista o no encargo, lo trascendente es que éste sea dado a conocer a la otra parte.

Las negociaciones pueden pertenecer a cualquier tipo de contrato, sean de prestaciones recíprocas, o a cargo de una sola parte, a título oneroso o gratuito. De donde la particular aplicabilidad de las negociaciones en tema de contrato de donación.

Dado que las negociaciones son actos de «participación» de ciencia o de juicio, excluye RAVAZZONI la aplicación a ellas de las normas previstas en tema de negocio jurídico y, por tanto, excluye las relativas a la *capacidad* para el negocio jurídico. Distingue el autor las hipótesis en las que a las negociaciones siga la conclusión del contrato y aquellas otras en que ello no sucede: si *sigue* la conclusión del contrato, el problema de la capacidad es referible a la existente en el momento de la *emisión* de los actos contractuales (oferta, aceptación) y, eventualmente, a su permanencia hasta el momento de la conclusión del contrato; si *no ha seguido* la conclusión del contrato, las negociaciones se han des-

arrollado y pueden tener una clara relevancia jurídica, dado el artículo 1.337 del Código civil (nueva remisión a la futura *segunda parte* de la obra).

En tema de *vicios de la voluntad* cree inaplicables las reglas del negocio jurídico. Esto no resuelve el problema, dada la posibilidad de hipótesis de evidente perturbación de la voluntad y consciencia del comportamiento, que, obvio es, no pueden quedar sin consecuencias: habla RAVAZZONI, en vez de «anulabilidad», de una «falta de relevancia» del acto jurídico en sentido estricto.

Las negociaciones pueden producirse en cualquier forma, incluso respecto de contratos verbales o de forma escrita *ad substantiam*. El documento que contiene las negociaciones tiene sólo valor en lo referente a la *prueba* de la existencia de las negociaciones.

CAPITULO IV

Está dedicado a la *minuta contractual*. De los varios significados de «minuta» toma el sentido propio de documentación de la andadura de las negociaciones (la doctrina alemana habla de tal al referirse a los llamados «acuerdos provisionales» sobre cada punto en las hipótesis de formación «progresiva» del contrato). Para RAVAZZONI estamos todavía en sede de negociaciones y no cabe hablar de un verdadero y propio «acuerdo» definitivo, cual el contractual.

La naturaleza de este documento es reconocitiva y no necesariamente vinculante. Tiene evidente carácter interlocutorio. El problema de si en base a la suscripción del documento derivan a las partes obligaciones diversas de las que brotan del deber de buena fe en el desarrollo de las negociaciones (cuales las de continuar en las negociaciones o las de no volver a discutir puntos en que hay constatada convergencia de opiniones), lo resuelve haciendo derivar esas otras obligaciones de la obligación de comportarse de buena fe.

Considera el autor la *hipótesis distinta* de la formación «progresiva» del contrato, contemplada por el artículo 1.326, párrafo último, del Código civil italiano (sin equivalente en el nuestro), que supone un desenvolvimiento anómalo del procedimiento de formación del contrato.

CAPITULO V

Lo dedica a los *contratos preparatorios*. Entiende RAVAZZONI por tales «aquellos contratos *lato sensu preliminares* a un sucesivo contrato estipulado y que indudablemente inciden de modo especial sobre el procedimiento de formación de este último». Cree correcto hablar de contratos «normativos», en el sentido de que estos contratos crean normas en orden al contenido de futuros contratos. Tales contratos pueden actuar de distintas maneras, entre ellas alternativas:

1) Bien imponiendo a ambos o a un solo contratante la obligación de concluir el futuro contrato (es el típico «contrato preliminar», que implica una predisposición convencional de los elementos «esenciales» del contrato estipulado).

2) Bien predisponiendo normas que incidan sobre el procedimiento de formación del contrato (v. gr., respecto a la forma del futuro contrato).

3) Bien predisponiendo cláusulas relativas al contenido sustancial del futuro contrato o predisponiendo el entero contenido contractual (se refieren a una entera serie de contratos, hipótesis típica de los «contratos normativos» y del llamado «contrato-tipo»).

4) Bien creando, cual resultado de una convención, un *acto* que viene equiparado por la ley a un acto procedimental (es un caso anómalo; v. gr., la opción).

De todos estos supuestos sólo *los tres primeros* interesan en tema de procedimiento de formación del contrato: el primero, por llevar implícita la eliminación de las negociaciones; el segundo, por incidir sobre el procedimiento, bien predisponiendo normas sobre el mismo, bien predisponiendo «cargas» a una sola parte, bien limitando su autonomía en la fase procedimental; los del supuesto tercero son distintos del procedimiento de formación del contrato, al que se articulan cual precedentes de hecho, que las partes deben valorar y tener presentes.

El autor dedica a las fases *necesarias* del procedimiento los capítulos VI, VII, VIII, IX, X y XI, que, respectivamente, tratan: de la oferta, de su revocación, de la oferta irrevocable, del rechazo o repulsa, de la aceptación y de la recepción de la aceptación en orden a la conclusión del contrato.

CAPITULO VI

Dedicado a la *oferta*, es uno de los arcos clave de la obra y a él se refieren numerosas remisiones a lo largo de ella. En esquema, el contenido del capítulo se integra por el análisis de la función de la oferta; los caracteres que a ella exige la doctrina: de su naturaleza jurídica, de su aspecto procedimental y de su aspecto sustancial; el problema de la capacidad y los vicios de la voluntad; el carácter recepticio y sus manifestaciones; la credibilidad de la oferta, y el caso especial de la oferta «salvo vendido».

Ciertamente, el tema de la *oferta* es uno de los clásicos en el Derecho privado. Doctrinalmente se suele considerar que es uno de los «elementos» propios formativos, o mejor, «constitutivos» del futuro contrato. Es fase necesaria e ineludible del procedimiento de formación del contrato. La doctrina agrupa sus caracteres en: plenitud, intención de obligarse y forma.

1) El requisito de la *plenitud* constituye *ius receptum*. No obstante, cabe la posibilidad de que algunos puntos del contrato sean dejados *en blanco* y su determinación remitida a la otra parte o a un tercero. Habría así un negocio *per relationem* en sentido formal. Si la determinación se deja *a la otra parte*: distingue según deba hacerse al mismo tiempo que la aceptación o bien sucesivamente. Si se deja *a un tercero*: la falta de determinación acarrea la «resolución» de derecho por absoluta inidoneidad en la producción de efectos jurídicos. La conclusión obvia es que este requisito no debe entenderse con rigor: caben todos los medios de integración previstos en la ley o por las partes.

2) La *intención* de obligarse: debe diferenciarse de otras similares declaraciones «no vinculantes» hechas en fase de negociaciones. No hay para el autor regla predeterminada de distinción y será el juez quien resuelva caso por caso.

3) *Forma*: la oferta debe revestir la forma convencionalmente prescrita por las partes para el contrato o la que la ley fije *ad substantiam*.

Es también clásico el tema de la *naturaleza jurídica* de la oferta: el autor distingue este problema respecto del similar de la aceptación, que la doctrina suele considerar idénticos. Las opiniones de la doctrina son de tres clases: la oferta contractual constituye una declaración negocial, la oferta es un acto jurídico en sentido estricto, la oferta es un acto «prenegocial».

La concepción de RAVAZZONI está basada en la distinción antes apuntada, dentro de la noción de «procedimiento de Derecho privado», de un aspecto procedimental y de otro sustancial. La oferta pertenece al

procedimiento de formación del contrato y consta de dos expresiones fundamentales: una, la solicitud o petición dirigida a otra persona, o sea, sustancialmente, una demanda, y otra, la manifestación de voluntad expresiva de la propia adhesión a la determinada reglamentación de intereses que podrá crearse con el contrato. Dicho en forma vulgar equivale a: «Yo quiero vender X por tantas pesetas, ¿quieres comprarlo?»

La *solicitud* de aceptación es acto típicamente procedimental: de donde un *error* en la dirección de la declaración será algo con relieve tan sólo procedimental, con efecto de interrumpir el procedimiento de formación del contrato. Como momento del procedimiento, es de especial importancia: el oferente juzga superadas las negociaciones y agotada la actividad de predisposición del contenido contractual. Cabe la determinación de normas respecto a la *forma* de la aceptación, con los problemas de la relevancia de la predeterminación unilateral por el oferente. Cabe también la determinación de normas respecto al *término* dentro del cual la aceptación debe llegarle al oferente: el Código civil italiano considera posible sólo el término *final*, pero RAVAZZONI cree posible el proponer un término *inicial*. Distingue, en orden al término final, si el plazo es muy breve o si es en exceso lejano. Plantea el problema de si el oferente puede establecer sea suficiente una aceptación pura y simple, *aunque* no comunicada a él, o caso de *silencio* del destinatario de la oferta. Estudia de pasada el problema de las posibilidades que al destinatario de la oferta (u oblato) se ofrecen cuando, *además* de la oferta, *haya recibido objetos no ordenados*. En cuanto a la aceptación *no conforme* a la oferta, previsto en el apartado último del artículo 1.326 del Código civil italiano (sin equivalente en el nuestro), cree que más bien afecta al contenido sustancial de la declaración: como estructuralmente el acto es inidóneo en el plano procedimental, parece se trataría de un caso de «conversión» similar al previsto para los negocios jurídicos.

El segundo *elemento* de la oferta, según RAVAZZONI, es la *declaración de voluntad* dirigida a la producción de efectos sustanciales. Consta de dos datos: el uno, la *predisposición* completa del contenido contractual, entendido en sentido objetivo, como proyecto de contrato y a continuación como texto contractual, y el otro, la *manifestación* por el oferente de querer, por su parte, aquel determinado contenido contractual. El distinguir la *actividad* del declarante de la *expresión* de la voluntad es típico de toda «declaración negocial» y puede ser útil respecto a los actos llamados «prenegociales»; lo propio aquí de la oferta es dar a la actividad de predisposición del contenido contractual la

vestidura definitiva; la oferta signa la conclusión de la actividad pre-dispositiva. En cuanto a la *manifestación* de voluntad viene a ser una «parte» del futuro negocio bilateral, y como tal existe con todos los requisitos legales exigidos para la existencia misma del negocio. En tema de *capacidad*, ésta debe existir en el momento de la *emisión* de la oferta: no es dable plantear el problema de la emisión en estado de incapacidad y que sobrevenga *después* la capacidad antes de la conclusión del contrato. Caso de *incapacidad sobrevenida*, el legislador italiano (arts. 1.329-1.330, sin equivalencia en nuestro Código) es tajante, al decir que ello impide la conclusión del contrato; postulado apriorístico, indemostrado e incongruente para RAVAZZONI, quien cree que esta solución es poco adecuada a las exigencias prácticas. Para el *error*, el momento de relevancia es el mismo dicho: el de la emisión de la oferta; el problema de la relevancia del error «sucesivo» en la formulación de la oferta carece de sentido y sólo lo tiene referido a la *revocación*.

Todo lo expuesto es útil para valorar jurídicamente el aspecto *sustantivo* de la oferta y para aclarar los aspectos *estructurales* del contrato. En realidad, parece es pacífico afirmar que el supuesto de hecho «contrato» consta de dos declaraciones negociales entrecruzadas. Tanto la oferta como la aceptación, aisladamente consideradas, constituyen «partes» del contrato, negocios jurídicos autónomos, entre ellos estrechamente coligados, en una relación de congruencia o complementariedad.

La *naturaleza jurídica* de la «parte sustancial» de la oferta contractual puede así ser aclarada: es una declaración negocial emitida con intención de vincularse plenamente, pero que tendrá *valor* sólo «si» y «cuando» la otra parte la haya aceptado. Es declaración recepticia: su *nota peculiar* está en el hecho de que el conocimiento del tercero es *condición necesaria* para que el acto pueda desenvolver su función práctica. Si el conocimiento de la oferta ha sido adquirido *aliunde*, estudia RAVAZZONI el problema de la equivalencia de esta cognición y cree que aun la verificación de tal hecho objetivo es suficiente para abrir una nueva fase procedimental. También estudia el supuesto de una oferta manifestada *indirectamente* a través de un «comportamiento concluyente», en cuyo caso el conocimiento debe darse a través de una ilación derivada del comportamiento de modo reconocible.

El problema de la *credibilidad* de la oferta implica una cierta toma de posición en orden a la naturaleza de los efectos «procedimentales» de la oferta. El problema se plantea en los contratos del contenido *fungible* y en los que el oferente *no* haya facultado al destinatario a ceder a terceros la oferta misma: entiende RAVAZZONI que en tales casos *no* es cedible la oferta.

En cuanto a la *sucesión* en la oferta, el legislador italiano ha excluido tal sucesión en la oferta por el heredero. El autor considera a salvo las hipótesis de oferta irrevocable y de oferta emitida por empresario medio o grande en el ejercicio de su empresa.

Finaliza este capítulo con el examen de los supuestos anómalos de oferta contractual, consistentes en la aposición de las cláusulas «salvo llegada de la mercadería» y «salvo vendido».

CAPITULO VII

Estudia lo referente a la *revocación de la oferta*, tratando de su noción, distinción de figuras afines, efectos y naturaleza recepticia, modos de expresión, legitimación, vicios de la voluntad, la obligación de revocar la oferta y la obligación de indemnizar.

Parte el autor de la afirmación de que el concepto de «revocación», en orden al Derecho privado, en el ordenamiento italiano, es muy complejo y de difícil definición; los casos considerados por el legislador son tan diversos, que parece arriesgada la empresa de reconducirlos a una unidad de concepto. Tras una numerosa cita de supuestos legales de revocación cree posible afirmar RAVAZZONI, en línea de principio, que se trata de «un acto unilateral considerado usualmente con naturaleza 'negocial', por el que una parte, desdiciéndose de un acto jurídico creado precedentemente:

- o impide que venga a producir efectos, si todavía no los había producido definitivos;
- o bien tiene eficacia eliminativa de la vicisitud originada por el acto (unas veces sustituyéndola por otra, y otras, creando una nueva vicisitud contraria a la precedentemente originada);
- o bien, en fin, quita el valor de hecho jurídico al *acto* objeto de la revocación, con el efecto final de impedir que surja una nueva situación jurídica o de restablecer la precedente».

La revocación constituye el ejercicio de un poder, o mejor, de un derecho potestativo, que corresponde normalmente sólo al autor del acto a revocar.

Siguiendo a CARRARA, hace notar es conveniente distinguir entre las hipótesis en que la revocación acaece cuando la oferta ya emitida *no* ha llegado al domicilio del destinatario y aquellas otras en que ha llegado: en el primer caso habría, más que revocación, una *interrupción*

del proceso formativo del contrato. Lo mismo cabe decir en tema de revocación de *aceptación*—añade RAVAZZONI—, ya que para tener ésta relieve debe llegar al domicilio del oferente antes que la aceptación misma: de ahí que el autor hable en tales casos de «acto de retirar»—*ritiro*—como contrapuesto a la revocación.

Los *efectos* de la revocación son claros: la oferta desaparece y el contrato no se concluye, pues la eventual aceptación carece de efectos. Como correctivo, el legislador italiano otorga al aceptante que haya emprendido la ejecución del contrato de buena fe, antes de tener noticia de la revocación, una indemnización por los gastos y pérdidas sufridos por la iniciada ejecución del contrato.

El tema de la naturaleza *recepticia* o no de la oferta está íntimamente coligado al problema de si será suficiente que la declaración de revocación sea emitida *antes* de la conclusión del contrato o bien, por contra, será preciso que *haya llegado a conocimiento* de la otra parte. RAVAZZONI defiende al naturaleza recepticia de la oferta *en contra* de la gran mayoría de la doctrina italiana, cuya argumentación básica reside en la *Relazione* al Código de 1942, en el texto del artículo 1.328 (sin equivalente en el nuestro) y en la obligación impuesta al revocante de indemnizar al aceptante. Rechaza estos argumentos el autor: en un caso (art. 1.328), por tratarse de una argumentación *a contrariis* de lo que el legislador dice para la aceptación y calla para la oferta, no estando ambas en el mismo plano, y siendo la oferta de naturaleza recepticia; en otro, por ser la *Relazione* algo que no vincula al intérprete, y en otro, porque el nudo de la obligación de indemnizar lo suministra la *ratio* de la existencia de dicha obligación, preguntándose si se ha creado para la tutela de la buena fe del aceptante o bien con el específico propósito de tenerle indemne de las pérdidas al iniciar la ejecución en un determinado momento de tiempo, tesis ésta que es la que le parece preferible.

El *efecto fundamental* de la revocación de la oferta es la atribución al aceptante que inició la ejecución de buena fe de la obligación de indemnizarle. Hay, pues, una aplicación de los principios generales. De modo que la revocación, para producir su efecto propio, debe llegar al aceptante *antes* de la conclusión del contrato.

El autor responde negativamente al problema de si la declaración de revocación debe tener *la misma forma* de la oferta. En cuanto a aquellos contratos para cuyo cumplimiento se prescribe cierta forma, se plantea el problema de si la revocación debe revestir dicha forma; distingue, a estos efectos, entre la forma exigida *ad substantiam* y la *ad probationem*, negando la necesidad de forma especial para la revocación, en el primer caso, y entendiendo aplicable al segundo la norma de prueba del artículo 2.722 del Código civil italiano (sin equivalente en el nuestro).

La revocación de la oferta no debe ser necesariamente expresa, sino que cree RAVAZZONI que puede resultar *también* de un comportamiento concluyente: en tal caso, el acto de transmisión es lento e inidóneo para hacer producir la eficacia de la revocación; no basta la noticia tenida del comportamiento, sino que es preciso que la *recepción* siga a aquélla y que no sea consecuencia inevitable del acto mismo.

Ninguna dificultad existe para el autor de admitir la revocación *parcial*, que se traduce en una «nueva» oferta, sin que quepa distinguir entre cláusulas determinantes o accesorias.

La fijación de un *plazo* para la aceptación o, de otro modo, la *renuncia* al poder de revocar, de que habla la doctrina, es el siguiente tema tratado por RAVAZZONI: cree que *una cosa* es el ejercicio por el oferente de la facultad de fijar un plazo para la aceptación, y *otra* es la renuncia al poder de revocar; no se trata de una cláusula ambigua a interpretar y deja a salvo los casos de existir una determinada costumbre, en que tal oferta deberá entenderse como irrevocable.

Para la declaración de revocación de la oferta está *legitimado* el autor del acto, o sea, el oferente, siempre que sea capaz. El problema de que *una parte esté compuesta por una pluralidad de sujetos* y en tal caso el poder de revocación pertenezca a uno o a todos ellos, lo resuelve al decir que uno solo está legitimado para ello, a salvo los casos de «comunidad», en que rige la ley de las mayorías; luego distingue según quepa la conclusión del contrato aun desapareciendo el consentimiento de uno de los sujetos o esto no sea posible, ya que, en el primer caso, habría una «modificación» del contenido de la oferta contractual, y en el segundo, la oferta desaparecería al ser de contenido indivisible.

La aplicabilidad o no a la revocación de la oferta de la disciplina de los *vicios de la voluntad* hace al autor distinguir entre los casos en que los vicios se padecen por quien podría revocar y no lo hace a causa de tales vicios, y los casos en que a causa de estos vicios se revoca por quien no lo haría de no existir los vicios. En *el primer supuesto*, al *impedir* los vicios la revocación, el problema es de difícil solución, ya que se trata de ver qué reacción tiene ante ello el ordenamiento jurídico (si anulación del contrato o sólo responsabilidad por ilícito en cuanto al otro contratante): RAVAZZONI cree que el contrato será válido y tan sólo habrá una acción de resarcimiento de daños. En *el segundo supuesto*, aunque se habla por algunos de «anulabilidad» del negocio de revocación, el autor—excluido que la revocación sea un negocio jurídico—afirma la «perfección», o mejor, subsistencia del contrato, una vez intervenga la aceptación.

Señala RAVAZZONI cómo la revocación de la oferta puede constituir

el «objeto» de una obligación: *la obligación de revocar la oferta*. Caso quizá anormal e inconcebible respecto al *destinatario* de la oferta, pero muy posible respecto de *terceros* con interés en que el contrato no se concluya. Dice que esta obligación es lícita y admisible donde no haya una específica prohibición en este sentido. Parece, no obstante, deberá diferenciarse este supuesto del *similar* de la «lesión del derecho de crédito por tercero». Parece que el tercero, que no es «parte» en sede de formación del contrato, no es tenido a ningún comportamiento de particular corrección respecto al destinatario de la oferta. Finalmente, del mismo modo que la declaración de revocación puede prestarse *en cumplimiento de una obligación*, también puede constituir *el correlativo* de una prestación de otro vinculado respecto al oferente.

Analiza luego el artículo 1.328, respecto a la obligación de indemnización concedida al aceptante por las expensas y pérdidas sufridas por la iniciada ejecución del contrato: es un correctivo a la libertad de revocación de la oferta, debiendo entenderse la buena fe en sentido objetivo y no subjetivo. Esta responsabilidad cree no es encuadrable dentro del deber de corrección ex artículo 1.337 y es limitada sólo al interés «negativo».

CAPITULO VIII

La oferta irrevocable es el tema del capítulo VIII, en el que se estudian su función, su naturaleza, los supuestos de irrevocabilidad *ex lege*, la caducidad de la oferta irrevocable y su distinción de la opción.

Las dudas que el derogado Código civil italiano planteaba—en orden a si la irrevocabilidad, cual renuncia al ejercicio del poder de revocación, era o no vinculante y si dicha cláusula comportaba o no la imposibilidad de revocar—y que habían dividido a la doctrina han sido resueltas claramente por el nuevo Código de 1942 en su artículo 1.329 (sin equivalente en el nuestro). Pese a ello, la doctrina sigue discutiendo acerca de la configuración de la «cláusula de irrevocabilidad», llegando a la conclusión de que se trata de una renuncia al poder de revocar, y admite implícitamente la inexistencia de una verdadera obligación. Pero RAVAZZONI cree que para algunos casos sería útil hablar de una «obligación de mantener» la oferta.

Se pregunta si ante la oferta irrevocable estamos ante dos actos distintos (la oferta más la cláusula de irrevocabilidad como negocio unilateral y autónomo) o si estamos frente a una característica tan fundamental de la oferta que le confiere naturaleza negocial. Para RAVAZZO-

NI—dada la naturaleza compuesta de la oferta contractual—es obvio que esta llamada «cláusula de irrevocabilidad» corresponde al acto procedimental y no ataca a la declaración con efectos sustanciales: tal acto consiste siempre en una *solicitud*, a la que se añade la declaración de que dicha solicitud no será revocada por cierto período de tiempo.

Como casos de irrevocabilidad *ex lege* señala los del seguro y de la donación a persona jurídica.

La irrevocabilidad debe necesariamente estar referida a un período de tiempo *determinado*. ¿*Quid* si el plazo *no* ha sido apuesto? Parece preferible la solución de que ello comporta la cesación de la irrevocabilidad. Caso más delicado es el de la hipótesis en que el destinatario de la oferta responda con «contraofertas», que no son tomadas en consideración, y luego, pero sucesivamente, el destinatario acepta la primitiva oferta: ¿ha caducado ésta por las contraofertas? A la respuesta afirmativa de la doctrina y jurisprudencia se opone el autor, pues las contraofertas no equivalen, por principio, a rechazo de la oferta, salvo prueba contraria.

El autor, casi en inciso, alude al punto de la *distinción entre la oferta irrevocable y la opción*. Conviene partir de la base del artículo 1.331 del Código civil italiano (sin equivalente en el nuestro), al decir que «en la opción la declaración de una de las partes se considera como oferta irrevocable para los efectos previstos por el artículo 1.329»: se pregunta el autor si se referirá a los efectos sustanciales o a los procedimentales. En un plano de relevancia práctica, el término concedido en la opción y la posibilidad de «cedibilidad» de la opción son dos puntos que le diferencian claramente de la oferta irrevocable. Prescindiendo de esta diferenciación funcional, la opción opera y se resuelve en una oferta irrevocable.

CAPITULO IX

Dedica al *rechazo (rifiuto)* el capítulo IX de la obra, analizando su naturaleza. Cabe rehusar: en sede de «contactos preliminares», en sede de «negociaciones», o después de caducar la oferta y con el procedimiento de formación del contrato ya cerrado. Pero *propriamente* sólo hay «rechazo» después de la recepción de la oferta. En realidad, el rechazo opera exclusivamente en un *plano procedimental*: es la respuesta negativa a la solicitud o petición contenida en la oferta contractual. Tiene naturaleza recepticia y se coloca en idéntico plano que la aceptación. Es un acto jurídico en sentido estricto.

CAPITULO X

La *aceptación* es el punto desarrollado en el capítulo X de la obra, en el que estudia su «congruencia» (adecuación) con la oferta, sus aspectos procedimental y sustancial, capacidad y vicios de la voluntad, expresión de la aceptación y formas especiales de aceptación.

El único *legitimado* para emitir la declaración de aceptación es el destinatario de la oferta contractual. La aceptación emitida por un *no* legitimado constituye una simple «oferta» contractual.

De antiguo se ha discutido en torno al llamado «principio de la adecuación del contenido» de la aceptación al de la oferta. El legislador italiano—artículo 1.326 *fine* (sin equivalente en el nuestro)—dispone que «la aceptación no conforme con la oferta equivale a nueva oferta». Censura RAVAZZONI que el legislador no diga sobre qué plano y dentro de cuáles límites deba entenderse tal relación de «adecuación». Sugiere la aplicación de los normales medios interpretativos para las declaraciones de aceptación ambiguas o inciertas o para las que regulen parcialmente el contenido del contrato.

La relevancia de la aceptación *en el plano procedimental* es muy limitada: es una respuesta afirmativa a la petición contenida en la oferta. Sus problemas, bajo tal aspecto, están estrechamente ligados a los de la conclusión del contrato.

El *momento de relevancia* de la capacidad y de los vicios de la voluntad es el mismo que el de la oferta: aplicable el artículo 1.330 del Código civil italiano (sin equivalente en el nuestro). Para RAVAZZONI, la *ratio* de tal norma es asegurar a la parte la plena posibilidad de revocación de la declaración, y si tal posibilidad desaparece, el contrato no se concluye. Lo que en el caso de la aceptación no rige, ya que normalmente estamos ante un acto de retirar la declaración (*ritiro*) y *no* frente a una revocación de la aceptación. Problema delicado es el del *error del oferente* y el de su «recognoscibilidad» por el aceptante, cabiendo preguntar si tal requisito debe subsistir hasta el momento de la recepción de la oferta, si desde la emisión de la declaración de aceptación o si sucesivamente antes de la conclusión del contrato: la cuestión corresponde a la doctrina del error y es la de ver si con dicho requisito se ha puesto un deber de comportamiento a cargo del no errante (que debe, pues, abstenerse de aceptar) o si es un correctivo de la relevancia del error en orden al contratante no errante.

Es muy frecuente la aceptación expresada a través de un «comportamiento concluyente». En este punto se extiende el autor ampliamente tratando de los «comportamientos concluyentes» y distingue entre las

«declaraciones de contenido presunto» y las «declaraciones legalmente tipificadas». Afirma la naturaleza negocial de tales declaraciones, el carácter excepcionalmente no recepticio de tales comportamientos y la anomalía que implica todo ello en el procedimiento de formación del contrato, en el que no existe aquella equivalencia o correspondencia en el plano procedimental entre la solicitud, de una parte, y la adhesión, de la otra.

Estudia después los supuestos de los artículos 1.937 (6) y 1.230 (7), en tema de contrato de fianza y de novación, así como las figuras anómalas de aceptación con las cláusulas añadidas «sigue carta» y «salvo confirmación o aprobación de la casa».

Frente a la doctrina tradicional, que opina que la aceptación es revocable, entiende RAVAZZONI que *no hay* tal revocación, sino el desistimiento o acto de retirar la declaración (*ritiro*). Tal declaración de retirar la aceptación quita todo valor a la aceptación e impide la conclusión del contrato, a salvo, claro es, la «reserva expresa» de emitir sucesivamente una nueva declaración de aceptación. Del acto de retiro no puede derivar lógicamente ninguna responsabilidad al aceptante, siempre que se presente al oferente antes que a su conocimiento llegue la aceptación. En cuanto a si cabe una aceptación «irrevocable», la doctrina en general responde negativamente, bien porque debería ser una declaración de irrevocabilidad necesariamente recepticia, bien porque derivaría de un contrato preparatorio entre las partes a modo de «acto debido».

Plantea el problema de la aceptación «tardía» desde un *punto de vista formal*, ya que el poder de predisposición del iter procedimental conferido al oferente asume un particular relieve. El artículo 1.326-3.º del Código civil italiano (sin equivalente en el nuestro) atribuye al oferente esta facultad de considerar eficaz dicha aceptación tardía, con tal que dé aviso de ello al aceptante.

Un modo anómalo de conclusión del contrato es el denominado «cruce» de ofertas coincidentes: si, de un lado, una de las dos actividades procedimentales es superflua e irrelevante, en el plano sustancial las dos declaraciones son relevantes y entre ellas congruentes e idóneas para provocar la existencia de un pleno acuerdo.

Finalmente, examina el caso especial de aceptación «con reserva de agrado», prevista en el artículo 1.520 del Código civil italiano (8), distinguiendo el modo de determinación del plazo según los casos y los

(6) Equivale a nuestro 1.827-1.º

(7) Puede decirse equivale a nuestro 1.204. º

(8) Equivale al 1.453.

supuestos en que el examen de la cosa es ante el vendedor o es en la casa del adquirente presunto.

CAPITULO XI

La recepción de la declaración de aceptación y la conclusión del contrato es el tema al que va dedicado el capítulo XI de esta obra, en el que estudia con detalle las llamadas «declaraciones recepticias, el artículo 1.335 (sin equivalente entre nosotros) y el ámbito de su contenido y las distintas teorías acerca de la «recepción» en orden a la conclusión del contrato.

El tratar en esta sede de las llamadas «declaraciones recepticias» es por el motivo fundamental de que la recepción de la aceptación determina la conclusión del contrato. La existencia de dichas declaraciones, cual categoría *dogmática*, es hoy aceptada por toda la doctrina e incluida dentro de los «actos jurídicos». Pero no es nada fácil saber *qué cosa sea* precisamente la «declaración recepticia» ante la falta de una norma que la defina, ni tampoco es sencillo concretar el relieve de la recepción en orden a la declaración. Consciente de que en este lugar no cabe tratar *in extenso* del tema, RAVAZZONI se limita a hacer las precisiones necesarias para los límites de relevancia en cuanto a las declaraciones de oferta y aceptación contractual. Observa que se trata de una categoría que no puede ser homogénea, a la vista del *evento* con cuya verificación adquieren relieve y eficacia, que no es otro sino el «conocimiento» por el destinatario de la declaración a él dirigida, y cuyo conocimiento es facilitado en el Código civil italiano por la presunción que establece el artículo 1.335.

La doctrina dominante en Italia considera al artículo 1.335 en el sentido de crear una «presunción de conocimiento», lo que no acaba de convencer al autor: éste se pregunta si contra tal presunción cabe prueba contraria, basada en elementos puramente *subjetivos* o bien en circunstancias *objetivas*; en el segundo caso—lo que defiende—se sentarían dos *principios*: uno, de *presunción* de que «con la recepción se verifica, además, la cognoscibilidad de la declaración», y el otro, el de *equiparar* a todos los efectos «cognoscibilidad» a «conocimiento efectivo». El primero admite prueba contraria, pero no el segundo: esta presunción, llamada «absoluta», en realidad se resuelve en la atribución de los efectos jurídicos propios de un determinado supuesto de hecho a otro diverso, aunque bastante similar.

Así, pues, el legislador italiano toma como datos meramente *formales* el «conocimiento», «cognoscibilidad» o mera «recepción» de la declaración de aceptación, a los cuales liga en el tiempo la definición del procedimiento formativo del contrato. Bajo este perfil *formal* aparece claro la falta de consistencia de la vieja doctrina, que vislumbraba en la fase de conclusión del contrato la exigencia de la *coexistencia* de dos intenciones idénticamente encaminadas.

La conclusión del contrato de este modo obtenido signa el fin del procedimiento de formación del mismo. Consecuencias: nace una nueva figura jurídica; las declaraciones procedimentales pierden su valor y quedan como puro hecho histórico útil a efectos de interpretación del texto contractual o a efectos de avalar una acción de anulación; las declaraciones con contenido sustancial toman plena eficacia. Surgido el nuevo acto de Derecho civil, sólo se trata ahora de su ejecución o de su anulación.

Analiza luego RAVAZZONI con detalle el problema del papel que tiene el evento de la «recepción» en cuanto a los actos recepticios, pasando revista a las distintas posiciones doctrinales: para unos (FALZEA, BETTI, SCOGNAMIGLIO), es un «elemento constitutivo» de la declaración; para otros (GIAMPICCOLO), es un «coelemento» de relevancia jurídica de la declaración, y para otros (RUBINO), es un mero requisito de «eficacia» de la misma. En su detallado examen parte del concepto de *emisión*, en el que cree *no cabe* incluir la actividad de *transmisión* ni tampoco la de *recepción*; rechaza la ecuación «declaración = expresión» y la tesis de GIAMPICCOLO de que «con la *emisión* la declaración adquiere posición de completa autonomía respecto al declarante»; rechaza la tesis que considera la recepción cual *requisito de eficacia*, pues choca contra el sistema, que no permite dejar a la pura voluntad del declarante el crear o no un requisito de eficacia; también excluye la tesis de que sea un «coelemento» para la *relevancia jurídica* de la declaración, pues es noción utilizada para definir un *quid* «fuera» de la declaración, ni cabe hablar siquiera de que sea «condición» de relevancia jurídica del acto, ni tampoco de relevancia jurídica «limitada». Debe, pues, concordarse con la mejor doctrina, que ve en la «recepción» de la declaración un «elemento» sin el cual el supuesto de hecho declarativo no se puede decir perfecto, y ello hace segura y fundada la distinción entre «retiro» del acto incompleto y la revocación del mismo.

La parte final de la obra, dedicada a las «formas *especiales* de procedimiento», comprende tres capítulos, que tratan de los contratos con obligaciones del solo oferente, de la ejecución antes de la aceptación y de los contratos formales.

CAPITULO XII

El capítulo XII, sobre los «contratos con obligaciones del solo oferente», estudia la norma del artículo 1.333, el momento conclusivo del contrato, el problema de la derogabilidad de dicha norma y la aplicación a contratos formales y en tema de donación.

El artículo 1.333 (sin equivalente entre nosotros) establece que «la oferta dirigida a concluir un contrato del que deriven obligaciones sólo para el oferente es irrevocable apenas llega a conocimiento de la parte a la cual va destinada». Niega el autor la tesis que ve en este artículo un negocio unilateral y contempla en él una *ficción* respecto al consentimiento del destinatario. El destinatario sólo puede *rechazar* la oferta; otra cosa sería si la ley hablase de «renuncia» de la atribución patrimonial a dar al destinatario, ya que sólo se renuncia lo que ya se ha adquirido. Desde un *punto de vista formal* es exactamente lo contrario al artículo 1.326. Parece que el contenido del artículo 1.333 es el de hacer transcurrir el tiempo para la conclusión del contrato *desde* la falta de un rechazo en tal plazo. La tesis del negocio unilateral choca contra el principio general legislativo de la tipicidad de las promesas unilaterales (art. 1.987, sin equivalente en nuestro Código) y contra la realidad del mundo social actual, y haría imposible la aplicación a tales negocios de los eventuales vicios de la voluntad. El verdadero problema es el de valorar el modo técnico con que se da relevancia en estos casos a la voluntad del enriquecido.

El *momento* de conclusión del contrato en supuestos tales es al transcurrir el período necesario para la respuesta.

El autor trata de *delimitar el ámbito* de la categoría de los contratos a que tal norma se refiere: *primero*, si abarca sólo a los contratos obligatorios o también a los inmediatamente traslativos de derechos reales (9), lo que afirma el autor en base a la impropiedad del término «prestación» usado en tal artículo; *segundo*, la asimilación a la «oferta irrevocable», que también afirma, ya que su característica típica está aquí presente; *tercero*, el problema de la *derogabilidad* de dicha norma, o sea, si cabe dar al oferente la facultad de establecer el plazo, a cuyo problema no cabe dar una solución uniforme; *cuarto*, la prescripción de *forma* para ciertos contratos, que no tiene relevancia aquí; y *quinto*, en tema de *donación*, excepción importante al artículo 1.333, ya que el artículo 782 (10) fija reglas en orden a la fase conclusiva del proce-

(9) Es muy importante advertir aquí que tal distinción no es posible en nuestro ordenamiento, basado en el sistema del título y el modo.

(10) Equivalentes a él los 632 y 633-2.º

dimiento, pero sin que ello signifique diferenciación en cuanto a las normales reglas de conclusión del procedimiento de formación contractual (reglas que son distintas para la donación *propter nuptias*, caso claro de negocio unilateral para el autor).

CAPITULO XIII

El capítulo XIII lo dedica a la *ejecución antes de la aceptación*, estudiando el artículo 1.327 (sin equivalente en nuestro Código) el carácter de la ejecución y problemas derivados.

El artículo 1.327—que entiende concluso el contrato en el tiempo y lugar en que se ha iniciado la ejecución—responde a una exigencia del tráfico moderno tras la revolución industrial y las exigencias de la organización de ventas en masa, exigencias sentidas por el legislador de otros países (11). Censura al legislador italiano por haber anclado la aceptación en la ejecución, lo que crea una serie de innecesarios problemas. Tal precepto ha dividido a la doctrina italiana: unos ven en él un caso de relevancia del silencio, equívoco cuya raíz es el «comportamiento silencioso», insuficiente para provocar la conclusión del contrato; otros citan el precepto como ejemplo de los llamados negocios «de actuación», ya que en él se dan las dos características típicas de tales negocios—la realización directa de la intención del sujeto y la falta de participación al otro contratante—. Para RAVAZZONI, la raíz del problema consiste en si se verifica o no el criterio distintivo respecto de los llamados «comportamientos concluyentes», o mejor, del nexo entre tales negocios y el comportamiento «ejecutivo», es decir, la realización práctica del resultado negocial obtenido a través de un comportamiento ejecutivo: aparte de afirmar la no autonomía de la figura de «negocio de actuación», niega que se pueda hablar de ellos en el artículo 1.327, pues el «comportamiento» considerado por el legislador suficiente para la conclusión del contrato está constituido por la *iniciación* de la ejecución. Recuerda la distinción entre actos relativos al procedimiento y las declaraciones con efecto sustancial: en cuanto a los *actos procedimentales*, la cosa es clara, ya que la declaración de solicitud no tiene respuesta y el contrato se concluye con la iniciación de la ejecución, lo que es un tanto anormal al sistema; no cabe dudar del significado *objetivo* de esta norma, pues estamos frente a un «comportamiento» que perfecciona el procedimiento formativo del contrato y con un notable relieve en *el plano sustancial*, se trata de una «declaración legalmente tipificada».

(11) El nuestro al parecer no las siente, anclado en la fase “preindustrial”.

La *iniciación* de la ejecución de la prestación entendida rigurosamente parece referirse sólo a los contratos «obligatorios» (12), lo que niega el autor. RAVAZZONI postula una interpretación restrictiva de la noción «iniciación» de ejecución, ya que, en principio, no debe atenderse a los actos «preparatorios» de la ejecución creados por el aceptante dentro de su propia esfera jurídica, sino *más bien* a los actos *unívocos* creados en ejecución del contrato que tengan una objetiva «recognoscibilidad».

CAPITULO XIV

El capítulo XIV, y último de la obra, está dedicado al tema de los «contratos formales», y en él estudia el autor la incidencia del requisito de las formas sobre el procedimiento formativo del contrato, el punto de la predisposición del texto contractual, la presentación en juicio del contrato suscrito por una sola parte, los llamados «contratos reales», las ventas al remate o subastas y el contrato-concurso.

Recoge el autor una noción amplia de *forma* como «modo de exteriorización (o expresión) del negocio, o mejor, de los actos en que el negocio se sustancia». El problema, en tema de procedimiento formativo del contrato, será el de la forma de *cada uno* de los actos procedimentales (dejando aparte la oferta y la aceptación), para lo que distingue entre los actos procedimentales autónomos (por ejemplo, la revocación de la oferta) y los casos de inserción de una «cláusula» que formará «parte» del contenido sustancial del contrato, condicionando suspensivamente la eficacia del mismo (por ejemplo, la venta a prueba).

Pero el *punto fundamental* aquí relativo a los «contratos formales» es el de las hipótesis en que *el texto contractual está por entero encerrado en un único documento*: ¿en qué queda el procedimiento formativo del contrato? De las varias *modalidades* posibles de «predisposición» del texto contractual interesa aquí y ahora *aquella* en que las partes acuerdan verbalmente la conclusión del contrato y *una se encarga de redactar por escrito el texto contractual sobre la base de los acuerdos obtenidos*: habrá que distinguir según se trate de contratos formales o no. En tal supuesto contemplado, si el encargado de la suscripción *no* lo hace y en un momento sucesivo ello ya no es posible y *se acude a un pleito*: es dudoso si debe o no entenderse concluso el contrato y asumido plenamente el *onere* de forma a través de un comportamiento concluyente de la parte que presenta al juzgado el documento suscrito (en cierto sentido, lo hace propio). Para una numerosa serie

(12) Véase nota 9 precedente.

de decisiones jurisprudenciales italianas, «la presentación en juicio sólo cabe con la suscripción del documento». Para RAVAZZONI, se trata de ver si el requisito de la forma debe pertenecer solamente a la «formulación» del contenido contractual o bien si también pertenece a las declaraciones de voluntad de las partes de aceptarlo: se inclina por lo segundo, por lo que ante casos similares y dada la exigencia de forma *ad substantiam*, el contrato debe entenderse nulo, con algunas salvedades, cuales de los contratos con obligaciones del solo oferente; de aceptación por comportamiento concluyente y de forma *ad probationem*.

La relevancia de los *contratos «reales»* en sede de procedimiento formativo del contrato es poca, a salvo el *onere* de entrega de la cosa, a cuya verificación podrá ser condicionada la idoneidad de cada uno de los actos procedimentales.

Las *ventas al remate o por subasta* tienen un especial relieve en tema de procedimiento formativo del contrato, en orden a la posición del rematante y del adjudicatario definitivo, del carácter de las distintas pujas u «ofertas», de la licitación y la conclusión del contrato. Deben diferenciarse las subastas con ofertas verbales al momento recibidas por el rematante o anunciante de aquellas otras con ofertas en carpetas cerradas. El punto trascendental es el del carácter de las «licitaciones».

El «*contrato-concurso*» es el último epígrafe de la obra, y en él distingue los contratos de «arrendamiento-concurso» de los contratos en que hay una elección del contratante (de trabajo, de obra u otros atípicos de que derive una obligación de prestación de duración), y en el segundo tipo distingue, a su vez, si la elección se deja a discreción del que dirige el concurso o bien está anclada en datos objetivos cuya verificación vincula a la conclusión del contrato.

Finaliza la obra con una enumeración de los textos legales *directamente citados*: Código civil italiano de 1942 y de 1865, Código de comercio italiano, Código de procedimiento civil italiano, Código penal, Código de la navegación, Código civil alemán, Código civil francés, Código civil austríaco, Código suizo de las obligaciones, Código prusiano y Código sajón.

III. LAS LINEAS DIRECTRICES DE LA OBRA

Acabamos de ver en la resumida exposición del contenido de la obra que la serie de puntos y cuestiones tratados o aludidos es ciertamente numerosa e importante. Dentro de este contenido cabría ver unas *directrices* que guían al autor y que, a mi juicio, pueden ser:

1.^a *El concepto de «procedimiento jurídico»*.—La gran «obertura»

que precede al tratamiento en profundidad del tema de la «formación del contrato» es la dedicada a la noción de «procedimiento» jurídico». En principio, cabe resaltar el gran valor de la distinción entre las actividades procedimentales y las con efectos sustanciales: la importancia de esta distinción se nos aparece con enorme fuerza a lo largo de la obra, cuando el autor se va enfrentando con las consabidas cuestiones clásicas en tema de formación del contrato y la distinción le sirve para apoyar su posición. En segundo lugar, cabe añadir la importancia que el autor concede a que los varios actos comprendidos en el procedimiento jurídico son entre sí directamente «consecuentes»: es lo que llama la «consecuencialidad» (13) de los actos del procedimiento. En tercer lugar, la observación importante de que en los llamados «supuestos de hecho complejos» concurren una serie de actos destinados a «formar parte» del «supuesto de hecho» y otra serie de actos cuya función es únicamente la de solicitar, retardar o crear normas, términos, modos, para complementar el supuesto de hecho mismo, actos éstos sin ningún efecto sustancial. En cuarto lugar, hacer ver cómo es preciso acudir a la noción dicha siempre que existan unos datos originados por distintos sujetos en orden a estas actividades en que el procedimiento se concreta.

Dentro de la noción de «procedimiento jurídico» destacan aquellas actividades de formación del contrato, en las que distingue dos *tipos* de reglas: las del orden de los actos respecto al resultado final y las de la normativa de los derechos y obligaciones de las partes en cuanto al desenvolvimiento del procedimiento.

Finalmente, parece esencial al autor la distinción de «fases» o «momentos» del procedimiento: unas, eventuales; otras, necesarias, y otras, especiales.

2.^a *Las «negociaciones»*.—Primordial importancia concede el autor a las «negociaciones» como fase meramente «facultativa» del procedimiento jurídico de formación del contrato. Agudamente hace notar el equívoco de la mayoría de la doctrina en este punto, ya que *una cosa es* el «procedimiento de formación del contrato» y *otra cosa son* los elementos «formativos» o «constitutivos» del contrato mismo una vez concluido: siendo evidente que no todas las actividades inherentes a la «fase procedimental» vienen a formar parte del «contenido» del contrato. Es de notar también la gran relevancia que les concede, aun directamente.

La noción sustancial que RAVAZZONI ofrece de las «negociaciones» bajo el perfil psicológico está muy en la línea del maestro CARNELUTTI, el cual, considerada la *voluntad* en su formación, la descompone en

(13) Mantengo aquí el mismo término usado por el autor, sin traducción al castellano, dada su expresividad.

cuatro períodos: del deseo, del propósito o fin, de la previsión y de la aprobación (14), así como distingue entre *aseveraciones* y *alegaciones*.

Este perfil psicológico o elemento «subjetivo» en las «negociaciones» es crucial en la investigación. Directamente relacionado con la distinción últimamente citada es el punto de las declaraciones «meramente enunciativas» o «premisas de hecho», declaraciones que cabe hacer en fase de conclusión del contrato, en orden al *id quod plerumque accidit* (15).

3.^a *La oferta de contrato*.—Todo el tratamiento de la materia relativa a la oferta está basado en el que cabría llamar «cañamazo», que proporciona la normativa legal del Código italiano de 1942, en cuanto a la capacidad y vicios de la voluntad, regulación de oferta y aceptación, irrevocabilidad, recepción, etc. (16).

El punto de partida es la naturaleza compuesta de la oferta: la solicitud y la manifestación de voluntad. Consecuencia ésta de la distinción entre aspectos formales y sustanciales del procedimiento. Otra consecuencia directa de dicha distinción es la configuración de la *solicitud* como una actividad típicamente procedimental y de la *declaración de voluntad* dirigida a producir efectos sustanciales como una predisposición completa del contenido contractual (en sentido objetivo) y como manifestación de la voluntad de querer aquel determinado contenido contractual.

Otra nota peculiar en tema de oferta es la de la *capacidad*, exigida siempre por el autor para el momento de la emisión de la oferta, y la consecuencia derivada de los *vicios de la voluntad*, en especial el punto de la incapacidad sobrevenida: la crítica de la solución legislativa italiana es tajante y cree el autor que su normativa se basa en el viejo dogma de que «es presupuesto para la existencia del contrato la *coexistencia* de las voluntades de concluirlo por ambas partes hasta el momento de su perfección» (17), lo que implica, a su vez, que «hasta el momento en que la aceptación no llega al domicilio del oferente éste continúa queriendo la conclusión del contrato». La normativa italiana le parece incongruente, ya que atribuye a la incapacidad sobrevenida el efecto de la «falta de conclusión» del contrato en vez de la mera «anulabilidad»,

(14) Véase su *Sistema de diritto processuale civile*, I, pág. 362.

(15) Véase respecto a las *enunciaciones*, CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milán, 1966, cap. IV, y mi *recensión* a ella en esta revista, núm. 477, páginas 581 y ss., especialmente la pág. 590.

(16) La orfandad de nuestro viejo Código en este punto es desoladora. En plena era tecnológica disponemos de una herramienta propia de una era «agraria».

(17) Este viejo dogma entre nosotros goza de envidiable juventud, al parecer.

que es lo lógico en tales casos. Entiende el autor que este requisito de la «permanencia» de la capacidad debe interpretarse en sentido muy restringido.

Muy aguda su observación de que la relevancia de los *vicios de la voluntad* opera normalmente en base a un juicio hipotético, cuyo término de referencia es lo que el sujeto «no habría hecho» de no existir el vicio; pero lo que no es posible es transferir este argumento a otras hipótesis en las que el término de referencia sea lo que el sujeto «habría hecho» de no incurrir en el vicio. En las primeras hipótesis es mucho más fuerte la resolución lógica del juicio *a posteriori*.

Configurado el contrato como un cruce de dos declaraciones negociales, observa que entre ellas deben estar coligadas en virtud de una relación de congruencia o de complementariedad, el llamado nexo «recíproco» por RAVAZZONI: a diferencia de los negocios *bilaterales*, en general, en los que tal conexión o nexo entre las dos declaraciones negociales es meramente *funcional* (18).

En cuanto al problema del conocimiento de la oferta adquirido *aliunde*, cree que es problema tan amplio que quizá no tiene una solución uniforme y estudia el valor que en cada caso tiene la *notificación*; probablemente es útil tratar de identificar la *ratio* de la receptividad de cada declaración caso por caso y sobre tal base decidir considerado el carácter no formal del ordenamiento italiano (19).

4.^a *Revocación de la oferta*.—El punto de partida de RAVAZZONI es la noción unitaria descriptiva reseñada anteriormente, propia de ALLARA (20). Se muestra escéptico de reconducir a una figura unitaria la numerosa serie de supuestos de revocación en el Código civil. Entiende que la revocación tiene una naturaleza *recepticia*, ya que «la revocación de un acto recepticio es ella misma recepticia», al ser su fundamento el de la propia función del acto: la tesis contraria—la revocación produce efecto por su simple *emisión* sin necesidad de que llegue a conocimiento del otorgante—va contra la lógica más elemental. Fundamental es la distinción que hace entre revocación y «retiro».

Importante, la distinción que hace entre la «obligación de revocar la oferta» y el supuesto de «lesión del derecho de crédito por acto de tercero».

Comentando la obligación de indemnizar al aceptante, consecuencia

(18) Véase para el «negocio bilateral», ALONSO PÉREZ, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967, págs. 10 y ss. y 32 y ss.

(19) Lo mismo ocurre entre nosotros, desde el Ordenamiento de Alcalá: véase artículo 1.278 del Código civil.

(20) Véase *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, páginas 76 y ss.

de la revocación, siguiendo a la doctrina alemana que distingue entre *entschädigung* y *schadenersatz* y continuando en la línea de otros escritos del autor (21), diferencia RAVAZZONI entre *resarcimiento* e *indemnización*: el *primero*, como equivalente pecuniario de una parte del *daño* sufrido, con exclusión del llamado interés «positivo», y la *segunda*, como reembolso de expensas y pérdidas a causa de la iniciada ejecución del contrato.

5.^a *La oferta irrevocable*.—Para la diferenciación de la oferta irrevocable y la opción se basa en la cedibilidad y en el término o plazo, además de configurar a la opción con naturaleza compuesta.

La tan debatida cuestión añeja de si cabe la obligación de «no revocar» la oferta, resuelta, como vimos, por el Código civil italiano de 1942, permite a RAVAZZONI criticar el texto legal, que habla de que «la revocación es sin efecto», y distinguir con GIORGIANNI entre «obligación» y «prohibición» (22): en la obligación, el sujeto simplemente es *tenido* hacia otros a *no* ejercitar algunas facultades a él pertenecientes, de modo que el acto ejercitado es válido y eficaz, siendo el sujeto *tenido* a soportar las consecuencias del incumplimiento de la obligación; en la prohibición, el sujeto está *privado* de algunas facultades, y a tal privación acompaña usualmente la *ineficacia* del acto contrario a la prohibición.

6.^a *El rechazo*.—Sigue aquí FERRI (23), quien distingue entre *renuncia* y *rechazo*, dado que el efecto fundamental de la oferta contractual es el de crear los presupuestos para el válido ejercicio del poder de aceptación o de rechazo. No obstante, se muestra también escéptico en cuanto a la tesis del mismo FERRI de formular una categoría unitaria del «rechazo» sobre la base de los casos previstos en el Código, como categoría diferente de la del «rechazo de ejecución de un comportamiento debido», categoría aquélla que englobaría los casos de la oferta contractual, de la estipulación a favor de tercero, de la condonación de deuda, de la ratificación de una representación sin poder, en la transformación de sociedades, etc.

7.^a *La aceptación contractual*.—Son puntos básicos de la investigación el llamado principio de «congruencia» o «adecuación» del contenido de oferta y aceptación, la distinción entre «declaración de contenido presunto» y «declaración legalmente tipificada», la aplicación a la aceptación de la noción de «retiro» y no de revocación, la conceptualización

(21) Véase *Riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, págs. 163 y siguientes.

(22) Véase voz "Obbligazione (diritto privato)", en *Novissimo Digesto Italiano*, pág. 584.

(23) Véase *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, págs. 52 y siguientes.

del «comportamiento concluyente» y el problema de la reconocibilidad por el aceptante del error del oferente.

En orden al error y su reconocibilidad, dice seguir a PIETROBON (24), quien ha analizado con detalle el principio de tutela de la confianza y la reconocibilidad del error, cuyo requisito tiende a comprobar la situación contractual y a valorarla como idónea para suscitar confianza en una persona de diligencia normal. A RAVAZZONI le parece claro que es suficiente que tal reconocibilidad se manifieste también *sucesivamente* a la emisión de la aceptación, pero *antes* del momento de la conclusión del contrato, y ello al solo efecto de la anulación del contrato por error.

Básica la inclusión por el autor dentro de las llamadas «declaraciones legalmente tipificadas» de los «comportamientos concluyentes», entendiendo por tales «aquel comportamiento que tenido por la parte en base a la común apreciación en un determinado ambiente social, debe entenderse en base a una unívoca ilación como expresión de voluntad negocial». Ello ocurre cuando entre el comportamiento y la manifestación de voluntad existe bien un nexo de continencia, bien un nexo de incompatibilidad (25).

8.^a *La recepción de la aceptación.*—Fundamental en su investigación es el análisis de RAVAZZONI dedicado a las «declaraciones recepticias». La distinción que hace la doctrina entre el conocimiento efectivo (o «cognición») y el conocimiento hipotético y virtual (o «recepción») parece apriorística al autor, quien afirma que aun *después* de la entrega o llegada del documento que incorpora la declaración al domicilio del destinatario, la recepción debería considerarse como no ocurrida y la declaración carente de eficacia jurídica cuando el destinatario *pruebe* haber estado sin su culpa en la imposibilidad de tener noticia de ella: lo que ciertamente tan sólo ocurre en un número exiguo de declaraciones de naturaleza recepticia (requerimiento de pago, donación en que la aceptación va contenida en otro documento, cesión de créditos, prenda de créditos, vicios en contrato de obra, etc.).

Para la configuración de la *recepción* como «elemento» necesario al comportamiento del supuesto de hecho «declarativo», su punto de partida es el concepto de *emisión*: existe emisión, en la declaración no inmediata, en el momento en que el autor de la expresión destaca ésta

(24) Véase *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. esp., Ed. RDP., 1971, págs. 245 y ss., en especial pág. 300, así como los extensos *comentarios* del traductor ALONSO PÉREZ, sobre todo en págs. 338 y ss.

(25) Así, en la mejor doctrina: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, pág. 141 (ed. it.); GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, en "Riv. tr. dir. proc. civ.", 1961, pág. 780.

de sí y la hace idónea para ser conocida por terceros, o sea, *sin* que la actividad de *transmisión* se haya producido.

Frente a GIAMPICCOLO (26), que sustancialmente no ve qué diferencia pueda haber entre el acto de «retiro» y la propia revocación y que distingue según el sujeto opere o no sobre el medio de transmisión, opina RAVAZZONI que al tener distinta esfera de aplicación, retiro y revocación, ello supone un diverso fundamento para cada acto.

IV. LOS PUNTOS DISCUTIBLES DE LA OBRA

La enumeración de puntos y cuestiones de interés en esta obra se ha efectuado tratando de eliminar al máximo las preferencias personales del comentarista. Ahora bien, no cabe dejar a un lado el perfil subjetivo del enjuiciamiento o crítica de aquellos aspectos o puntos que no han dejado convencido totalmente al lector exigente. Para una mejor comparación con las líneas directrices, hago un agrupamiento de los puntos «contestables» dentro de los temas genéricos que se expresan a través de la idea de «línea directriz». De esta manera cabe agrupar dichos puntos discutibles como sigue:

1.º EN TEMA DE CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO JURÍDICO.—La misma noción de «procedimiento jurídico» es sumamente discutible: reconoce el autor que entre los publicistas y administrativistas—de quienes se importa tal noción—los límites y características no están muy definidos. También reconoce el autor la inadecuación de tal noción en aquellos casos en que la serie de actos o actividades sea compleja y regulada por *normas* que prescriban tiempos, modos y condiciones de su formación: ¿cómo, pese a ello, habla a continuación de que «no cabe referirse a la noción de acto o de supuesto de hecho, sino que es necesario referirse a la noción de procedimiento jurídico»? También reconoce el autor que en Derecho privado, cuando una serie de actos viene considerada en relación con el efecto final producido, nos hallamos ante la noción de «supuesto de hecho»: noción ésta que combinada con la idea de «legitimación» puede muy bien cubrir toda el área, de otra manera dedicada a la idea de «procedimiento jurídico» (27).

Difícil resulta al autor la diferenciación clara de la noción de «procedimiento jurídico» y de las hipótesis de «supuesto de hecho complejo» (cada acto está ligado a los sucesivos por un nexo de obligatoriedad)

(26) *La dichiarazione recettizia*, pág. 196

(27) Véase BETTI, *op. cit.*, pág. 212 (ed. ital.); entre nosotros, LADARIA, *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, 1952, págs. 1 y 14 y ss.; DÍEZ PICAZO, *Lecciones*, I, 238.

y del «supuesto de hecho de formación sucesiva», hasta el punto de hablar de «coexistencia» de ambos supuestos (en la última hipótesis) sin ser incompatibles. Y aun considerando atentamente el fenómeno al que denomina «procedimiento», al que otorga naturaleza compuesta de dos aspectos—uno procedimental y el otro sustancial—, para ciertos actos *excluye* dicha naturaleza compuesta y tan sólo cabría hablar de una «doble función» ejercitada por el acto mismo.

Las dudas de RAVAZZONI sobre tal noción son tan grandes, que nos llega a decir que bajo un determinado perfil la noción de «procedimiento» vendría a resolverse en la conocida figura de la «carga» (*onere*).

Entiende el autor que la analogía del «procedimiento jurídico de Derecho privado» con el «procedimiento judicial civil» obedece a la razón fundamental de que cada uno de ellos actúa en un doble plano, y el punto de partida de su argumentación es el de la conocida teoría de la «relación jurídica procesal» de CHIOVENDA. Ahora bien, lo cuestionable precisamente es el término de referencia de ambos conceptos, o de otro modo, *la premisa mayor de que parte*, sin que quepa olvidar tampoco cómo aun entre los mismos procesalistas está abandonada hace años la teoría referida (28).

Si contestable es el punto de partida, mayormente lo será la inclusión o *encuadre* de las actividades de formación del contrato dentro de la noción de «procedimiento». La consecuencia de utilizar la noción propugnada por el autor y la distinción entre reglas procedimentales y las creadoras de obligaciones para las partes es que si las reglas del procedimiento no son respetadas, los actos ejecutados son irrelevantes, aunque si el contrato está ya perfeccionado pierden como tales todo su valor y sólo sirven como «datos accesorios» a efectos de interpretación del contrato.

La clasificación en distintas «fases» o «momentos» del procedimiento puede también ser hecha en formas distintas de las propugnadas por el autor y así encuadrar dentro de la oferta, cual «modalidades» de ella, la oferta al público o *in incertam personam*, la oferta alternativa de contrato, el contrato por medio de máquinas automáticas, la subasta pública, la suscripción pública, el concurso, etc. (29).

2.º EN TEMA DE NEGOCIACIONES.—El punto fundamental debatido aquí es el de la relevancia o irrelevancia de las negociaciones: por la negativa se inclina la mayoría de la doctrina, y así, sólo en Italia, NATTINI, FAGGELLA, CARRARA, F. FERRARA, REDENTI, BRANCA, SCOGNA-

(28) Véase GUASP, *Derecho Procesal civil*, 1956, págs. 19 y ss.

(29) Véase MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milán, 1968, págs. 312 y 318 y siguientes; Díez PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 196 y 203 y ss.

MIGLIO, OSTI y MESSINEO (30), entre otros muchos; por la afirmativa, RAVAZZONI; en un sentido ecléctico, entre nosotros, Díez PICAZO (31).

Tampoco aparece clara la sinonimia, o mejor, la negativa a distinguir entre una voluntad de tratar o negociar y una voluntad de concluir el contrato: si tal pretendida diferenciación sale completamente del poder de quien crea los actos y muchas veces es imposible la distinción entre los supuestos variados de oferta «parte» del contrato y oferta seguida de contraofertas, ¿hay o no ventajas en atribuir relevancia directa a las negociaciones? Es a esta pregunta a la que debe contestarse en uno u otro sentido.

Conviene recordar aquí que no vale para nuestro derecho la afirmación del autor, en orden a los «pactos de prelación» y su eficacia meramente obligatoria, sobre todo en el caso de la *opción* (véase art. 14 del Reglamento Hipotecario vigente).

3.º EN TEMA DE OFERTA.—Como excepción al principio de «plenitud de la oferta, considera RAVAZZONI posible que algunos puntos se dejen en blanco, remitiendo su determinación a la otra parte o a un tercero. Sin embargo, dada su enunciación, ello no aparece con la suficiente claridad y creo no es aventurado afirmar cierta imprecisión en el autor. Es lástima que demuestre desconocer a lo largo de su obra la totalidad de las aportaciones de la doctrina española, pero en este punto concreto es grave la omisión de una de nuestras más valiosas monografías, del profesor Díez PICAZO (32). Habría podido así deslindar perfectamente las actividades de intervención en la formación del contrato, las actividades de determinación de la prestación, las de determinación del contenido del contrato, las de integración del contrato y de integración de una relación jurídica (33); habría visto que en la formación de un negocio jurídico el arbitrio de tercero es siempre una actividad de formación *parcial* que presupone un pronunciamiento de las partes acerca de una serie de cuestiones de tipo previo; habría visto que el arbitrio en la formación del negocio es siempre una actividad de determinación, pero sin que todos los extremos del negocio sean susceptibles de ser determinados mediante arbitrio, y que la fase de formación del negocio exige siempre una labor de determinación de los elementos y del contenido del negocio. Por lo que afecta a la ineficacia sobrevenida del arbitrio, habla RAVAZZONI de una «resolución de derecho» por absoluta

(30) *Op. cit.*, pág. 296: "son meros esquemas hipotéticos de contrato".

(31) *Op. cit. ult.*, pág. 189.

(32) Véase *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, 1957.

(33) Véase *op. cit.* en último lugar, págs. 31 y ss., 146 y ss. y 203 y ss.

inidoneidad en la producción de efectos jurídicos; quizá valdría más, aun con el texto legislativo italiano en mano, hablar de ineficacia (34).

Afirma el autor que el requisito de la permanencia de la capacidad hasta la conclusión del contrato es exigido tan sólo para que el oferente pueda revocar; pero no aparece el argumento con un peso decisivo, ni tampoco es claro el por qué sea preferible la anulabilidad que propugna en lugar de la solución lógica de la falta de conclusión del contrato.

Afirma el autor que «falta una calificación profunda ya del negocio bilateral, ya de cada una de las declaraciones que de él forman parte», y que «considerarlo negocio jurídico es impropio y erróneo»; refiriéndose al «negocio contractual», cual supuesto de hecho, observa que tal supuesto de hecho es incompleto sin la aceptación, de manera que tan sólo en el sentido de producir efectos sustanciales sería exacto hablar de «negocio» jurídico». Ahora bien, una cosa es la noción del «negocio bilateral»—para lo cual me remito a la excelente monografía de ALONSO PÉREZ (35)—, otra cosa es el contrato como negocio jurídico y otra cosa es la conceptualización de la oferta y aceptación cual declaraciones negociales. Pero RAVAZZONI insiste en la diferenciación y cree hallar la distinción en el nexo que une a las dos declaraciones: funcional en el caso genérico de los negocios bilaterales, y recíproco en el caso del negocio bilateral llamado contrato; pero entiendo, con ALONSO, que una cosa es la «reciprocidad» como correlación y otra la interdependencia o mutua causalidad.

4.º EN TEMA DE REVOCACIÓN.—El problema fundamental aquí es dilucidar si la revocación actúa directamente sobre el *acto revocado* o si más bien actúa *lato sensu* sobre la *eficacia* del acto; por la primera solución se inclina la doctrina alemana y de los italianos CORRADO, CARNELUTTI y GIAMPICCOLO; por la segunda, FEDELE, RUBINO, FALZEA, BIONDI y, en definitiva, también RAVAZZONI. Entre nosotros, el problema no ha sido ni aludido siquiera, pero quizá no fuera descabellado configurar el supuesto afectando a la eficacia del acto, a modo de un tipo especial de ineficacia.

La distinción entre revocación y «retiro», que es fundamental para RAVAZZONI, no parece que tenga entidad suficiente para dar categoría sustancial al segundo concepto.

La afirmación de RAVAZZONI de que la revocación tiene naturaleza recepticia (en contra de la gran mayoría de la doctrina italiana, que lo niega, en base a que produce efecto desde la *emisión* sin necesidad de que llegue a conocimiento de la otra parte) es acogida entre nosotros

(34) Véase artículo 1.349 del Código civil italiano y Díez PICAZO, *op. cit.* último, págs. 328 y ss.

(35) Véase *Sobre la esencia...*, cit., págs. 12, 27, 32 y 43 y ss.

por Díez PICAZO (36). En un sentido realista, refiriéndose al plano de la eficacia, que será siempre que llegue al destinatario antes que emita su aceptación, PUIG BRUTAU (37). Conviene recordar en este lugar que nuestro venerable Código se basa en el dogma de la coexistencia temporal de los dos consentimientos, que está *en la base* de la doctrina, que niega el carácter recepticio a la revocación de la oferta.

En orden a la obligación de indemnizar que fija el Código civil italiano, es muy interesante la diferencia que señala el autor entre *resarcimiento* e *indemnización* y la afirmación de que todavía no ha sido formulada (es obvio que se refiere a Italia) la noción de «indemnización» o «indemnidad». Quizá le da pie el Código civil italiano para ello. Sin embargo, el Código civil español trae también una muy numerosa serie de supuestos, en los que la diferenciación parece difícil; sin ánimo exhaustivo cabe citar aquí, en cuanto al resarcimiento, los artículos 44, 360 y 1.124-2.º; en cuanto a indemnización, los artículos 99, 349, 361, 375, 379, 382 y 383, 481, 555 y siguientes, 577, 612, 1.101 y 1.106, 1.122-4.º, 1.135, 1.150, 1.152, 1.295, 1.889; sin darle un nombre concreto, los artículos 236-5.º, 312, 369, 511, 562, 1.896, 1.902. ¿Equivale todo este conjunto de artículos a negar la distinción propugnada por el autor y reconducirlos todos ellos a la idea de «indemnización»? Creo se puede contestar afirmativamente para nuestro Derecho, al menos en una primera intuición al acercarnos al tema.

5.º EN TEMA DE OFERTA IRREVOCABLE.—El punto debatido es si en la oferta irrevocable existe una renuncia al poder de revocar—doctrina en general, y entre nosotros, Díez PICAZO (38)—o si existe más bien una verdadera obligación de no revocar—tesis de RAVAZZONI—. El autor cita la doctrina alemana y francesa, ignorando totalmente a la española, de la que podría haber tomado alguna fecunda idea, sobre todo de la obra de PUIG BRUTAU (39), cuya exposición en este punto es completísima y muy alejada de la dogmática jurídica tan del gusto de algunos; con dicho autor cabe distinguir el problema de la oferta irrevocable del problema similar de la sustantividad de la oferta después de emitida; una cosa es saber si el oferente puede revocar después de la aceptación y antes de la recepción de la misma, y otra, si, independientemente de que el destinatario de la oferta haya aceptado, el oferente está obligado a no revocar hasta transcurrido cierto plazo. Entiende PUIG BRUTAU, en contra de la posición adoptada por autores de la jurisprudencia de con-

(36) Véase *Fundamentos...*, cit., pág. 195.

(37) Véase *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, 1954, pág. 234.

(38) *Op. cit.* últ., pág. 195.

(39) *Op. cit.*, págs. 64, 210 y ss. y 249 y ss.

ceptos, que en una línea de jurisprudencia de intereses o sociológica no cabe confundir el problema de resolver si todo destinatario de una oferta puede estar seguro de que tiene un plazo mínimo para dar vida al contrato con la aceptación, con el problema diferente de resolver si conviene que alguien quede obligado en virtud de su manifestación de voluntad sin necesidad de aceptación expresa por parte de ningún destinatario.

6.º EN TEMA DE RECHAZO.—Aunque RAVAZZONI no se pronuncia claramente, parece deducirse que opta por acoger el «rechazo» cual categoría unitaria, siguiendo a FERRI. No obstante ello, ALLARA (40) distingue entre la *renuncia* como negocio de eficacia diferida y la *promesa de abstenerse* del ejercicio de determinado acto como negocio de eficacia instrumental; a lo que el autor añade que, de admitirse esta distinción, el «rechazo» no cabe más que en el grupo de la «renuncia». Entre nosotros, el problema no se ha estudiado en concreto, pero en un sentido más genérico, al tratar de la *renuncia* como causa extintiva de los derechos subjetivos, lo ha hecho en profundidad y con su habitual claridad el profesor Díez PICAZO: distingue los varios supuestos de renuncia, consistentes en un abandono de titularidad de un derecho, en una extinción de una relación jurídica o de un contrato por voluntad unilateral de una parte, en una repudiación de una atribución patrimonial, en un *obstáculo* o *rechazo del ingreso* en un patrimonio de un derecho que en otro caso ingresaría y en una disposición negocial por la que las partes excluyen el normal contenido dispositivo del negocio que celebran (41). No parece difícil encuadrar entonces la figura aquí debatida en el grupo cuarto de los postulados por Díez PICAZO: si es cierto que no cabe abandonar algo todavía no adquirido, es obvio que son dos cosas distintas la voluntad de extinguir un derecho y la voluntad de no adquirirlo, por lo que las figuras creadas por estas dos voluntades deben ser también distintas. Tendría así el *rechazo* entidad propia, como postula RAVAZZONI, aunque su estudio entre nosotros no se haya siquiera planteado.

7.º EN TEMA DE ACEPTACIÓN.—El punto fundamental aquí es el relativo a las que llama RAVAZZONI «declaraciones legalmente tipificadas» y su crítica a la doctrina alemana, que dice incurre en una confusión de conceptos, excepto la sistematización propuesta por ENNECERUS en su «parte general» (declaraciones de contenido presunto; declaracio-

(40) Véase *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, página 232.

(41) Véanse *Lecciones de Derecho Civil*, I, Parte general, págs. 306 y ss.

nes cuya «concluyencia», según juicio del legislador, no admite prueba contraria, y las hipótesis en que el efecto jurídico se produce sin declaración y prescindiendo de la voluntad de las partes). La consideración por el autor del «comportamiento concluyente» como una «declaración legalmente tipificada» nos mueve a cuestionar si esta categoría debe reconducirse a lo que usualmente—al menos, entre nosotros—se denominan «relaciones contractuales de hecho»: parece segura la respuesta afirmativa, en base a que se trata de relaciones obligacionales nacidas de un «comportamiento típico social», siendo el valor declarativo de la conducta (o comportamiento) determinado por el entendimiento del tráfico. Así, en LARENZ (42) y SIEBERT (43). Entre nosotros, nuestra mejor doctrina habla de la «conducta expresiva», en relación con las declaraciones tácitas de voluntad: DE CASTRO (44). En un sentido similar, PUIG BRUTAU (45). DÍEZ PICAZO (46) entiende que tales «relaciones» pertenecen en rigor a la problemática de la formación de los contratos y se trata de deberes generales de conducta impuestos por la buena fe a las partes que realizan tratos, sin que quepa una verdadera relación contractual; en los supuestos de prestaciones del tráfico en masa, cuando la obligación surge de un comportamiento que no puede valorarse como declaración de voluntad, existe una «conducta social típica» como fuente de obligaciones.

En definitiva, lo que importa es saber *si es conveniente* considerar al «comportamiento concluyente» como aceptación en todo caso, si el ordenamiento debe juzgarlo así y si cabrá o no prueba contraria. De cualquier modo, deberá llegar al conocimiento del oferente vigente la oferta.

8.º EN TEMA DE RECEPCIÓN.—El problema aquí es si la recepción deviene un «elemento» del supuesto de hecho declarativo—como defiende el autor—o más bien dependerá de cada ordenamiento la conceptualización que deba dársele: a mi juicio, parece preferible lo segundo. Obviamente, dada la regulación parca de nuestro Código civil, distinta a la del italiano de 1942, una cosa parece segura y es la relativa a la postura que *niega* se trate de un requisito de «eficacia» de la declaración: «No parece posible—al decir de RAVAZZONI—en nuestro ordena-

(42) Véase *Derecho de Obligaciones*, trad. esp. de SANTOS BRIZ, 1958, I, páginas 58 y ss.

(43) Véase *Relaciones contractuales de hecho*, trad. esp. de HUBER ROBERT, RCDI, núm. 477, pág. 277.

(44) Véase *El negocio jurídico*, INEJ, 1967, págs. 42 y 65 y ss.

(45) Véase *op. cit.*, págs. 82 y ss.

(46) Véase *La doctrina de los propios actos*, Bosch, 1963, pág. 148, y sobre todo en *Fundamentos...*, cit., págs. 96 y ss.

miento dejar a la pura voluntad del declarante crear o no un requisito de eficacia, que, al contrario, es normalmente referido a que sobrevenga un elemento extraño.» Creemos pueden suscribirse estas palabras en lo relativo a nuestro ordenamiento.

Parece que los conceptos de emisión, transmisión, recepción, en relación con el supuesto de hecho y su eficacia, pueden y deben ser estudiados entre nosotros con una mayor atención que hasta la fecha y con una cierta profundidad, que permita en el futuro postular una normativa más abierta en una revisión del Código civil.

Finalmente, nos parece exacta la observación de GIAMPICCOLO de que si la norma (en este caso, el art. 1.335 del Código civil italiano) no distingue, el intérprete no puede por sí graduar el interés del destinatario en el «conocimiento».

V. A MODO DE RECAPITULACION

En este lugar cabe resumir los resultados positivos y negativos de la obra en este sentido: *a favor*, el análisis de los supuestos de hechos complejos y sucesivos, la distinción entre actos procedimentales y con efectos sustanciales dentro de las actividades de formación del contrato, la importancia de las «negociaciones» y su relación con las «enunciaciones», la naturaleza compuesta de la oferta y el análisis de sus dos elementos, el concepto y naturaleza recepticia de la revocación, la noción de «indemnización», el concepto de «rechazo», la configuración de las llamadas «declaraciones legalmente tipificadas», el análisis de las llamadas «declaraciones recepticias» y del papel de la recepción en orden al supuesto de hecho declarativo; y *en contra*, la misma noción de «procedimiento jurídico», su configuración y su utilidad, la inclusión dudosa de las «negociaciones» dentro del procedimiento formativo del contrato, la regulación dada al arbitrio de tercero, el nexo en el negocio jurídico bilateral, la duda de si la revocación opera sobre el acto o sobre la eficacia del mismo, la distinción entre revocación y «retiro», la obligación de no revocar y su conceptualización en línea dogmática, el encuadre exacto de los comportamientos concluyentes y el papel de la recepción en cuanto al supuesto de hecho declarativo.

VI. SUGERENCIAS DE LA OBRA

Después de todo lo expuesto cabría dar una somera indicación de aquellos puntos o cuestiones que puedan o deban tener cierto influjo en nuestro Derecho. Ante todo, conviene partir del presupuesto de la

deficiente normativa legal contenida en nuestro Código civil. En este caso de la «formación del contrato», la comparación con el Código civil italiano e incluso con el portugués de 1967 lleva a resultados desconsoladores. Por otra parte, la mayoría de nuestra doctrina, obsesionada con el enfoque dogmático de las distintas cuestiones englobadas dentro del tema, olvida la contemplación atenta de la realidad, salvo la obra citada de PUIG BRUTAU y la moderna formulación de Díez PICAZO.

Así, pues, cabe decir que las principales *sugerencias* son: 1.^a) la posibilidad de analizar con detalle las distintas actividades de formación del contrato; 2.^a) la conveniencia de estudiar los casos de supuestos de hecho complejos y sucesivos; 3.^a) la importancia práctica de las «negociaciones» para la formación del contrato; 4.^a) el carácter complejo de la oferta de contrato; 5.^a) el problema de la naturaleza de la revocación desde un punto de vista de la práctica; 6.^a) el valor que deba darse a las notificaciones y si cabe darles una configuración unitaria; 7.^a) si cabe construir y con qué valor un concepto de «indemnización»; 8.^a) la categoría del «rechazo» como diferente de la renuncia en general; 9.^a) la conveniencia de un detenido análisis de lo que se entiende por declaración recepticia, declaración legalmente tipificada y comportamiento presunto, y papel de la emisión, la transmisión y la recepción en orden a la declaración de voluntad.

VII. COMENTARIOS CRITICOS

En las páginas precedentes, tras la exposición resumida del contenido de la obra comentada, de sus líneas directrices, de sus puntos discutibles, de la consideración global de aciertos y dudas y de las sugerencias que nos ofrece, está patente todo el interés puesto por el comentarista en dar una visión exacta de la obra y en centrar adecuadamente el tema de la «formación del contrato». Algunos de dichos apartados llevan implícita una alabanza o una denuncia de insuficiencia, pero, además, parece conveniente añadir algunas palabras acerca de la consideración que me merece tanto la *forma* como el *fondo* de la obra comentada.

A) *Respecto a la forma*: Conviene indicar en cuanto a este punto:

1) En orden al *lenguaje* utilizado es clara la exposición, muy asequible al lector conocedor de los temas tratados, con los consabidos circunloquios, incisos, reiteraciones y remisiones propias de los autores

latinos; en orden a las remisiones, éstas son forzadas en base a que parte de las referencias contenidas en un futuro volumen dedicado a las «reglas atinentes a las obligaciones de las partes en la formación del contrato», de un lado, y de otro, dada la sistemática utilizada, en función del enfoque efectuado y de las distintas «fases» del procedimiento elegidas.

2) En orden a las *citas* empleadas contiene algunos errores de fácil subsanación, por citas incompletas de SCOGNAMIGLIO y GIAMPICCOLO (págs. 36, 129 y 162, por ejemplo); utiliza amplia y exhaustivamente la doctrina italiana, que demuestra conocer, y, en parte, la alemana y francesa, que parece recoger de segundas fuentes y sin estar muy al día; desconoce *totalmente* la doctrina española, que es interesante y útil en determinados puntos, según lo dicho en sus respectivos lugares, lo que hace disminuir notablemente el valor paradigmático de la investigación.

3) En orden a la *jurisprudencia* citada, tan sólo una vez cita sentencias del Alto Tribunal de Italia, en tema de «presentación en juicio» de contratos formales predispuestos por una sola parte, y lo hace en forma puramente numérica y sin aludir siquiera a los antecedentes de cada supuesto litigioso. La consecuencia obvia es que la investigación, conforme al método utilizado, no ha tenido para nada en cuenta la realidad viva de los conflictos de intereses resueltos por los Tribunales. Es un fallo grave, que entiendo debe subsanar, al menos, en la *segunda parte* de la obra, dedicada a un tema mucho más práctico y de repercusiones en la vida diaria.

4) En orden al *plan y sistemática* de la obra, ambos supeditados al enfoque conceptualista y de dogmática jurídica, se resienten de ello lógicamente y muestran alguna arbitrariedad en cuanto al lugar del tema tratado, lo que determina remisiones quizá innecesarias. Por ejemplo: hay toda una variada gama de tipos especiales de oferta, que cabría muy bien incluir en el capítulo a ella dedicado, cuales los casos de subasta, concurso, invitación a la oferta y licitación privada, así como los supuestos *no mencionados* por el autor; lo mismo cabe decir de tipos especiales de «perfección» del contrato, que cabría englobar en un apartado concreto dedicado a la perfección normal del contrato y a los casos excepcionales.

5) En cuanto al *método* de la obra, es el conocido y tan caro a la doctrina italiana del *dogmatismo* o *conceptualismo*. lo que lleva consigo parte de las deficiencias y censuras que se han hecho. Convendría quizá

una distinta formulación de esta investigación partiendo del examen de los supuestos litigiosos resueltos por los Tribunales italianos. O de otro modo, si se parte de una noción X de «procedimiento jurídico», de una distinción de reglas dentro de él y de unas categorías dogmáticas en uso, no es de extrañar que los *resultados* obtenidos están ya implícitamente contenidos en las propias premisas de que se partió. Y entonces, ¿cuál será el valor y ámbito de los logros de la investigación? Si, de otro lado, la investigación se concreta a la dogmática italiana *sin* los supuestos litigiosos correspondientes, ¿cabrá darle un valor *ejemplar* para otros países?

6) En orden a los *resultados*, carece la obra de unas *conclusiones* al final de cada capítulo o tema importante, ni siquiera al final de la obra, faltando también un *índice alfabético* de cuestiones o puntos tratados, que facilitaría notablemente la lectura y localización rápida de los mismos.

B) *Respecto al fondo*: También es interesante hacer constar aquí:

1) La distinción entre «formación simultánea» y «sucesiva» del contrato, tan cara a CARNELUTTI y seguida por el B.G.B., es aludida, sin apenas dedicarle atención, cuando un estudio en profundidad de la misma permitiría quizá obviar algunas de las dificultades que el autor encuentra y no acudir al remedio de la noción insegura de «procedimiento».

2) En tema de «responsabilidad precontractual», el autor funciona con el *presupuesto* de la normativa del Código civil italiano (art. 1.337). Ahora bien, de una parte, escamotea toda la problemática del precepto, que es lo especialmente interesante, remitiendo al futuro estudio en la *segunda parte* de su obra, y de otra parte, pasa por el problema de la *culpa in contrahendo* sin dar una breve idea del mismo en su repercusión en el Código derogado—lo que, no obstante, sí hace en otras materias—y sin ofrecer una visión de conjunto de toda la problemática extranjera acerca de ello. Para una visión sucinta, pero clara, en la doctrina italiana misma, MESSINEO (47), y entre nosotros, PUIG BRUTAU (48), DÍEZ PICAZO (49) y, sobre todo, ALONSO PÉREZ (50).

3) En tema de *oferta* desconoce una serie de modalidades interesantes de oferta, cuya inclusión—además de las especiales que en otros

(47) *Op. cit.*, 1968, págs. 303 y ss.

(48) *Op. cit.*, págs. 254 y ss.

(49) Véase *Fundamentos...*, cit., págs. 189 y ss.

(50) Véase *Notas* a PIETROBON, cit., págs. 160 y ss., y en esta Revista, número 485, 1971, págs. 859 y ss., especialmente págs. 891 y ss.

lugares cita—beneficiaría la visión global del tema. Así, entre otras: la oferta alternativa del contrato, la oferta al público o *in incertam personam*, la autocontratación, los contratos de adhesión, los celebrados por medio de máquinas automáticas, la suscripción pública de acciones, etc. De otra parte, quizá convendría deslindar previamente con claridad los supuestos dudosos, que son los que trascienden a la práctica: la distinción entre sustantividad de la oferta después de emitida, la oferta irrevocable y el problema de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones. Esto último, con notable claridad, entre nosotros, en PUIG BRUTAU (51).

4) En tema de *aceptación por comportamiento concluyente*, al centrar el tema en la categoría dogmática de las que llama «declaraciones legalmente tipificadas», necesariamente se resiente la exposición: por una parte, está detenido en la barrera de tal concepción, sin entrar en el más avanzado esquema ofrecido por SIEBERT, ya dicho; por otra parte, quizá habría convenido más detallar en qué casos concretos el legislador atribuye al comportamiento el carácter de «declaración» y en qué otros no, o de otro modo, descender al terreno de la práctica para contrastar los postulados doctrinales.

5) En cuanto a la *recepción*, a las mismas consideraciones precedentes respecto a la línea dogmática cabe añadir que quizá habría debido afrontar con mayor detalle el problema central de la «perfección», en relación con la vinculación exacta del aceptante, tanto en los supuestos normales como en los especiales. Una buena exposición en PUIG BRUTAU (52).

6) Respecto a los *contratos con obligaciones del solo oferente* hay una fina distinción del autor, que los diferencia del llamado por SACCO «contrato con única declaración», de la oferta al público y de la condonación de deuda. Además, acierta al decir que el problema es de valorar el modo técnico con que se da relevancia en estos casos a las voluntades del enriquecido, lo que presupone un análisis de los supuestos de la vida real para contrastar la postura defendida por el autor. De otro lado, su afirmación de la «tipicidad» de las que llama «promesas unilaterales» no parece sostenible en nuestro Derecho, en base al principio voluntarista de la contratación y a que se admite en los «cuasi-contratos» la posibilidad de que aparezcan casos «atípicos» no previstos por el legislador.

(51) *Op. cit.*, págs. 62, 64 y ss., 210 y ss., 219 y 249 y ss.

(52) *Op. cit.*, págs. 204, 229 y ss., y 240 y ss.

7) En cuanto a los *contratos formales*, una de las cosas menos claras es la exposición de qué sucede cuando acordada verbalmente la predisposición del contrato por una sola parte, éste se olvida luego de hacerlo y después de ello lo presenta en juicio: la contestación es todo menos diáfana. Quizá un mayor análisis de lo que es el negocio en relación con el documento le habría ayudado bastante. Entre nosotros, para este punto, todavía la insuperable aportación de GONZÁLEZ PALOMINO (53).

VIII. LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA OBRA COMENTADA

La extensión del comentario evidencia el interés de esta obra, que cabe deslindar en los siguientes *planos*:

A) *En el plano doctrinal*: Que la mayoría de los juristas pasen por alto lo que otros compañeros escriban no es nada nuevo. Sin embargo, siempre hay espíritus finos observantes de su entorno que captan las novedades, tratan de arrancarles la parte buena y de adaptarla a su peculiar enseñanza o doctrina. En esta andadura cabe citar las obras de MESSINEO (54) y de Díez PICAZO (55), que ya recogen la novedad del término «procedimiento». El primero, en el capítulo V de la obra, habla de «la formación del contrato como procedimiento», con el subtítulo de «Las fases del procedimiento», aunque bien es cierto que al tratar de decirnos qué cosa sea ese procedimiento se limita a decir que «es un aspecto fundamental del contrato», lo que no es decir demasiado. Por su parte, Díez PICAZO titula el capítulo IX de su obra «La formación del contrato», con un epígrafe expresivo de «las fases de la vida del contrato», y habla de «procedimiento» o proceso de formación, entendidas las ideas de *procedimiento* y de *proceso* como «desarrollo de actividades que se llevan a cabo mediante una regular sucesión para la obtención de un determinado efecto jurídico», citando varios ejemplos de procedimientos *típicos* de formación de un contrato.

B) *En el plano real o de la práctica*: La trascendencia práctica de esta obra comentada es extraordinaria, no por lo que diga, sino por el *contenido* de cuanto dice. En una gradación, caprichosa quizá, de *supuestos* de relevante interés, y de menor a mayor, sugiero:

(53) Véase «Negocio jurídico y documento», conferencia en el Colegio Notarial de Valencia, 1951, págs. 279 y ss.

(54) *Op. cit.*, págs. 294 y ss.

(55) Véase *Fundamentos...*, cit., págs. 187 y ss.

1.º *Los comportamientos concluyentes*: ¿Cuándo deben ser relevantes para el Derecho? O de otro modo, ¿cómo debe ser la conducta «significativa», de que habla CASTRO, para ser relevante?

2.º *La publicidad engañosa*: ¿Cuándo origina responsabilidad? ¿Hay un destinatario genérico e indeterminado de los anuncios o hay un concreto interesado que contrata y debe reputarse publicidad en fase de «negociaciones»? ¿Cómo exigir responsabilidad de haberla?

3.º *La recepción de objetos no ordenados*: Cada uno de nosotros podemos comprobar la frecuencia del supuesto en nosotros mismos (verbigracia, en suscriptores de determinadas revistas con editorial propia, en «círculos» de amigos de... o de lectores..., etc.). La recepción de tarjetas anunciando el envío de libros, discos, objetos, etc., impone muchas veces la carga de reexpedir la tarjeta a su origen. En casos tales: ¿Qué obligaciones asume el destinatario por el hecho de la recepción? ¿Debe custodiar la cosa? ¿Tiene acción de indemnización de daños? ¿El uso de la cosa es «comportamiento concluyente»?

4.º *La predisposición completa del texto contractual por una sola parte*: ¿Debe darse a conocer a la otra parte? ¿Hay diferencia entre que el predisponente sea el oferente o el presunto aceptante? ¿Cabe una exigencia de forma al solo efecto de *prueba*? ¿Rige la normativa de los negocios *per relationem*? ¿Qué incidencia tiene la *forma* en sí sobre el proceso de formación del contrato? Y en el supuesto planteado por RAVAZZONI—de presentación en juicio de contrato suscrito por una sola parte, pero no suscrito por las dos—, ¿debe entenderse concluso el contrato para el suscriptor o para ambos?

5.º *Responsabilidad «precontractual»*: ¿Qué requisitos deben darse para que proceda? ¿Basta la concurrencia de los supuestos de nuestro clásico artículo 1.902 del Código civil? ¿Cuándo procede la indemnización y por qué causas? ¿Hay que computar solamente los «gastos» o caben también las «pérdidas» sufridas? ¿Procede un reembolso del «daño» sufrido?

C) *En el plano profesional*: No cabe duda alguna de que cuanto mayor es la capacitación técnica del profesional encargado de redactar un documento, mayor es su responsabilidad. Pero no siempre interviene un profesional, un jurista, en la formación de los contratos ni en la plasmación documental del contrato. El criterio a seguir no es el de si debe o no debe ser, sino el de si a tales actividades se les da o no relevancia en Derecho. Parece que, por desgracia, tales actividades

sí son relevantes y eficaces. Entonces el problema consiste en suministrar criterios válidos para resolver los problemas planteados. Así, por ejemplo, en un ámbito reducido, cual el territorio turístico representado por las Baleares, de nuestra propia experiencia profesional, seleccionados unos casos, tenemos: 1.º) Unas negociaciones encaminadas a la adquisición de unos locales comerciales en zona de playa, a las que se superponen unos documentos privados redactados por profesionales del Derecho, unos firmados y otros no, con el aditamento de un encargo de «escrituras públicas» de constitución de sociedad; previos los gastos consiguientes, hay una instalación de maquinaria y adquisición de mercancías; posteriormente, una de las partes desiste de fundar la sociedad y vuelve al criterio originario de pretender la compra de los locales: ¿Qué ocurre con los gastos realizados? ¿Hay que indemnizar el interés llamado «negativo»? 2.º) Un documento privado de opción de compra y a la vez compraventa con precio aplazado firmado por ambas partes, con entrega inicial de fuerte cantidad e incumplimiento de los plazos posteriores; nadie efectúa el requerimiento ex artículo 1.504 del Código civil; reanudadas las negociaciones pasados cinco años, convenida la «prórroga expresa» del contrato con distinto precio y en fase de determinación de los plazos de entrega del precio, la parte vendedora firma otro contrato con un tercero, en el que las condiciones y plazos estipulados son notablemente inferiores a los exigidos a la parte inicial: ¿Qué ocurre con los gastos de medición del terreno solicitados por el presunto comprador? ¿Cabe computar las pérdidas no sólo materiales, sino en sentido «jurídico»? ¿No ha habido un daño por acto lícito? ¿O es un ilícito civil? ¿Procede o no indemnización? 3.º) El caso es más frecuente, consistente en un documento privado de opción de compra, con entrega inicial por los presuntos compradores, y en que después la parte vendedora vende en escritura pública a un tercero sin previa comunicación al primer interesado: ¿Habrán indemnización al perjudicado? ¿Quid respecto a los gastos producidos?

Este pequeño muestreo recogido de mi entorno, que es más bien chico y no grande, creo es suficientemente revelador. La experiencia demuestra la frecuencia con que se producen casos similares; la sensación de desconsuelo y desamparo del perjudicado; la dificultad de articular una demanda, a veces basada en meras negociaciones verbales de prueba difícil, y la queja de no haber acudido antes al perito en Derecho.

Para casos semejantes es útil y aleccionadora la lectura de la obra de RAVAZZONI, que, cuando menos, suministra un criterio claro en este tema: el de la buena fe, combinado con los principios rectores de la interpretación del contrato. Como elementos auxiliares para la formu-

lación de tales criterios, que responden a la equidad, me remito a las notables exposiciones formuladas por nuestra mejor doctrina, citada a lo largo de estas páginas: PUIG BRUTAU (56), DE LOS MOZOS (57), DE CASTRO (58), DÍEZ PICAZO (59) y ALONSO PÉREZ (60).

IX. RESUMEN FINAL

Después de todo lo dicho no procede sino cerrar esta exposición con unas breves *conclusiones*, que podrían ser las siguientes:

1.^a La obra de RAVAZZONI, con sus virtudes y defectos, es el primer intento serio de proceder al análisis de la *formación* del contrato.

2.^a Los defectos señalados a la obra, dada su formulación en base al *método* dogmático-jurídico, pueden quizá obviarse en función de lo que nos depare el autor en la prometida *segunda parte* de su investigación.

3.^a La valoración de las diferentes *actividades* intervinientes en la formación del contrato o de los posibles *comportamientos* debiera hacerse *en función* de lo que la realidad viva nos presenta y no en razón de las posibles categorías jurídicas que la doctrina suele adoptar.

4.^a Es evidente la *importancia práctica* de la obra no sólo en el plano de la realidad, sino en el profesional.

5.^a En los casos que la realidad presente es oportuno y conveniente acudir al *criterio interpretativo* de la buena fe, tal como suele entender nuestra mejor doctrina.

6.^a Es ya hora, quizá urgente, de acometer seriamente entre nosotros el *estudio* en profundidad de lo que es y supone la fase de «formación» del contrato, para lo que este libro comentado y estas líneas que lo comentan pueden ayudar un tanto al futuro estudioso.

7.^a Urge poner al día la deficiente *normativa* del Código civil, cuya razón de ser se remonta a los días de Napoleón y de la era preindustrial, muy del *ancien régime*, pero inadecuada hoy en todos los sentidos.

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario

(56) *Op. cit.*, págs. 291 y ss., y 389 y ss.

(57) Véase *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, Bosch, 1965, págs. 40 y ss., y 222 y ss.

(58) Véase *El Negocio jurídico*, cit., págs. 73 y ss.

(59) Véanse *Lecciones de Derecho Civil*, cit., tomo I, pág. 267; *La doctrina de los propios actos*, cit., págs. 134 y ss.; *Fundamentos..*, cit., págs. 247 y 251 y siguientes.

(60) Véase *Notas* a PIETROBON, cit., págs. 156 y ss., y en esta Revista, número 485, 1971, págs. 859 y ss.

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

10. NO ES INSCRIBIBLE UN HEREDAMIENTO PREVENTIVO OTORGADO EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES POR LOS ESPOSOS CONTRAYENTES A FAVOR DEL PRIMOGÉNITO VARÓN, SI FALLECIDO EL MARIDO HEREDANTE BAJO TESTAMENTO EN EL QUE INSTITUYE HEREDERO AL HIJO PRIMOGÉNITO ESTÁN INSCRITOS LOS INMUEBLES A FAVOR DE TERCERAS PERSONAS Y CANCELADA LA HIPOTECA QUE GARANTIZABA LA DOTE Y ESPONSALICIO UNA VEZ QUE SE HUBO PROCEDIDO A SU RES-
TITUCIÓN.

Resolución de 13 de marzo de 1973 (B. O. del E. de 5 de abril).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Martorell de la Selva, el 13 de diciembre de 1903, ante el Notario don Manuel Bellido Mascías, se otorgaron capitulaciones por las que habría de regirse el matrimonio de don Claudio Pons Rius con doña Enriqueta Matas Torrellas, que se celebró canónicamente el día siguiente, 14, y del cual tuvieron tres hijos: don Claudio, el primogénito; doña Carmen, y doña Concepción. Doña Enriqueta recibió una dote de 15.000 pesetas en garantía de cuya devolución y de una donación de 7.500 pesetas que prometió el esposo, éste ofreció hipoteca sobre una heredad que le pertenecía sita en los

términos de San Felíu de Buxalleu y Riudarenas, que fue inscrita más tarde a la entrega de la dote, y posteriormente cancelada cuando se restituyó ésta y el esponsalicio; en la estipulación 6.ª de la escritura se decía que «deseando prevenir el caso de una muerte abintestato», los futuros consortes declaran que en el supuesto de fallecimiento de cualquiera de ellos «sin hacer testamento, es su voluntad que sea heredero del que fallezca intestado, el primer hijo varón que naciere de su proyectado enlace y en falta de varón, la hija mayor, y si el que debiera ser heredero no lo fuese o siéndolo falleciere sin sucesión, le sustituyen y en lo menester instituyen al que por orden de primogenitura corresponda, también con preferencia de varones a hembras, quedando siempre el cónyuge sobreviviente con hijos usufructuario de los bienes del premuerto, conservando su viudez». Don Claudio Pons Rius falleció en Barcelona el 11 de julio de 1968, bajo testamento abierto otorgado el 15 de mayo anterior, en el que instituyó heredero a su hijo primogénito, legando a su esposa el usufructo de todos sus bienes y a sus hijas lo que por legítima les corresponda más el ajuar doméstico, y en instancia de 24 de febrero de 1972, doña Enriqueta solicitó del Registrador de la Propiedad de Santa Coloma de Farnés la inscripción de la mencionada escritura de capitulaciones matrimoniales—que acompañó junto con otros documentos complementarios—, en los folios de las fincas que en su tiempo fueron hipotecadas en garantía de la devolución de la dote y el esponsalicio.

El citado documento fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes: I) En cuanto a la hipoteca que garantiza la dote y esponsalicio, porque ya fue inscrita junto con otra de entrega de dote otorgada el 12 de agosto de 1909, ante el Notario don Manuel Bellido, según la inscripción 4.ª de la finca número 63, al folio 71 del libro 23 de San Felíu de Buxalleu, tomo 706, y la inscripción 4.ª de la finca número 173, al folio 10 vuelto del libro 27 de Riudarenas, tomo 713 del archivo, de fechas 15 y 16 de octubre de 1909, respectivamente, y liguran canceladas dichas inscripciones de hipoteca por las inscripciones números 12 y 13, respectivamente, de dichas fincas. II) En cuanto al heredamiento que pretenden, se establece en dichas capitulaciones, porque se estableció con carácter preventivo..., «deseando prevenir el caso de una muerte abintestato», supuesto que no ha tenido lugar, porque don Claudio Pons Rius falleció bajo testamento otorgado ante el Notario de Barcelona don Francisco Masip Rovira, el 15 de mayo de 1968. III) En cuanto a la totalidad del documento, porque las fincas a que se refiere figuran inscritas a nombre de tercera persona».

Doña Enriqueta Matas Torrellas y su hijo don Claudio interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegaron: que las escrituras de capitulaciones, una vez celebrado el matrimonio, son la ley fundamental del régimen económico conyugal, y cuando se refieren a bienes inmuebles tienen acceso al Registro sin que los titulares de estas oficinas puedan impedirlo por estimar preferentes otros derechos, ya que esta cuestión corresponde decidirla a los jueces; que el marido de la recurrente falleció bajo testamento abierto, pero su viuda vive en la actualidad, por lo que debe ser inscrito el heredamiento en favor del primogénito varón; que igualmente corresponde a la viuda el usufructo universal de los bienes familiares, y que, como fundamentos de derecho, cita los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento.

El Registrador informó: que el escrito del recurso carece de toda clase de argumentos jurídicos que puedan hacer dudar de la procedencia de la calificación; que cuando se justificó la entrega de la dote se inscribió la correspondiente escritura de hipoteca, que garantizaba su devolución, y posteriormente fue cancelada cuando se restituyeron la dote

y el esponsalicio; que no se mencionan en la instancia ni en la escritura ningunos inmuebles que figuren a nombre de doña Enriqueta, por lo que no cabe la inscripción del heredamiento con respecto a la misma, y que las fincas que anteriormente estuvieron inscritas a nombre del difunto marido figuran en la actualidad a nombre de terceras personas, circunstancia que impide en absoluto la práctica de los asientos solicitados.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y los recurrentes se alzaron de la decisión presidencial insistiendo en sus incoherentes argumentos.

La Dirección General de Registros y del Notariado (1) acordó confirmar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—La improcedencia del recurso aparece claramente justificada dado que los inmuebles están inscritos a nombre de terceras personas, lo que de por sí impide que puedan practicarse las inscripciones solicitadas, pero es que, además, la pretensión carece de todo fundamento legal, ya que la hipoteca que garantizaba la dote y esponsalicio se inscribió a su debido tiempo e igualmente fue cancelada una vez que se hubo procedido a su restitución, y en cuanto al heredamiento preventivo—prescindiendo si podía o no haber tenido acceso, en su día, al Registro—, no cabe actualmente plantearse cuestión alguna, dado que el causante ha fallecido bajo testamento, en el que designa heredero universal a uno de los hijos habidos en su matrimonio.

COMENTARIO.—La denegación de la inscripción de los capítulos matrimoniales de los esposos Pons-Matas, en cuanto a la hipoteca ya cancelada que garantizó la dote y el esponsalicio, no ofrece duda ni discusión posible: no es inscribible un derecho cuya extinción está reflejada en el Registro, porque el principio de legitimación no se limita a las inscripciones, sino que se extiende a la extinción de los derechos y cancelaciones; incluso cuando una cancelación se cancela por nulidad, etc., tampoco se tiene que volver a inscribir el derecho cancelado indebidamente, porque la cancelación de la cancelación hace revivir registralmente el derecho. Por ello, los recurrentes no se oponen, al parecer, a este primer apartado de la nota calificadora.

La denegación de la inscripción de los mismos capítulos, en cuanto al heredamiento preventivo que contenía, es rechazada por los recurrentes con el fundamental alegato de que si bien el marido falleció testado, doña Enriqueta vive en la actualidad y, por tanto, el heredamiento, en cuanto a su herencia, y los capítulos, como ley fundamental del régimen económico conyugal, siguen teniendo vigencia y actualidad y son inscribibles conforme a la opinión de que estos heredamientos tienen acceso al Registro aun antes del fallecimiento del heredante. Lo que no hacen los recurrentes es desvirtuar la tesis del Registrador, implícita en su nota, de que el heredamiento, en cuanto a la herencia de la esposa, sólo será inscribible en bienes propios de ella, y la instancia solicita la inscripción en los folios de las fincas del marido, que en su día éste hipotecó en garantía de la dote y el esponsalicio, sobre las cuales no procedería inscribir el heredamiento de doña Enriqueta a favor de su primogénito, aun en el caso de que continuasen inscritas a favor de don Claudio.

Menos explicación tendrá practicar la inscripción sobre bienes que no están inscritos a favor de ninguno de ellos, sino de tercera persona.

(1) VISTOS los artículos.

— 89 y 90 de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960;

— 1 y 20 de la Ley Hipotecaria, y

— 7 y 80 del Reglamento para su ejecución

Ni la nota ni los resultandos nos dan ninguna pista para saber a favor de quién están inscritos los bienes referidos, y aunque ello pueda ser indiferente a los efectos de la calificación discutida (basta el que no estuvieran inscritos a favor de doña Enriqueta), creo que era interesante saber quién era esa tercera persona y su título de adquisición para tratar de averiguar el móvil de la solicitud de inscripción de la heredante y su hijo y del recurso hasta su segunda instancia, a pesar de las fundadas razones del Registrador y del Presidente de la Audiencia.

Si el señor Pons Rius había enajenado, a título oneroso o gratuito, a persona extraña a la familia o a favor de otros legitimarios distintos del heredatario, la nota era correcta y la Dirección tenía que dar la razón al Registrador; si las alegaciones de los recurrentes se limitaron exclusivamente a las que aparecen recogidas en el tercer resultando, tenemos que considerarlas manifiestamente insuficientes y pobres, y si la correcta nota no era suficientemente impugnada, el Presidente de la Audiencia y la Dirección tenían que dar la razón al Registrador, igual que tiene que hacer el comentarista. Los recurrentes, al hacer caso omiso de los efectos propios del heredamiento preventivo y del principio de tracto, se daban ellos mismos el fallo adverso.

Aunque la Compilación de Cataluña haya estado, sin duda, más afortunada en la presentación de un cuadro completo de los tipos de heredamiento y en la descripción de características definitorias de cada tipo que en la normativa concreta de cada uno (2), no hay duda de que el heredamiento preventivo, aunque es algo más que un testamento de derecho común hecho en pacto nupcial durante la vida del heredante, no supone ninguna restricción a la facultad dispositiva por actos *inter vivos* ni implica donación de bienes presentes ni futuros. Esto es lo que ha querido decir la Compilación en el artículo 90 (citado en los vistos): La institución de heredero en heredamiento preventivo se regirá por las normas de la institución testamentaria de heredero. Cualquier enajenación del señor Pons Rius tenía igual plenitud de efectos que si el heredamiento preventivo no existiese, y aunque los capítulos se hubiesen inscrito en cuanto a su total contenido y no sólo en cuanto a la constitución de dote, el Registrador no podía poner ningún obstáculo a las enajenaciones del heredante. Solamente una cosa podía rechazar: otro heredamiento preventivo contradictorio.

También tratan de desconocer los recurrentes el principio de tracto sucesivo. Aunque es verdad que el tono del artículo 20 conduce más bien al requisito de inscripción previa de los antetítulos (el transmitente debe ser ya titular registral) que al principio de tracto sucesivo absoluto (el transmitente debe ser también titular registral *todavía*), de muchos preceptos de la Ley Hipotecaria resulta el amplio juego del principio de tracto sucesivo en el sentido de la ordenanza registral alemana: inscripción previa del perjudicado (3). Por ello, aunque se hubiese tratado de otro tipo de heredamiento y las facultades dispositivas del heredante hubieran estado en alguna manera mermadas, la inscripción de la transmi-

(2) Gran parte de esta normativa resulta implícita en la Compilación, y si los preceptos reguladores de efectos de cada heredamiento son suficientes sobre la base del conocimiento de la doctrina tradicional catalana, no lo son por sí solos.

(3) Con esto no queremos decir que el tracto sucesivo español se parezca más al principio formal de inscripción previa del perjudicado del párrafo 40 de la Ordenanza registral que a la continuidad de la transcripción del artículo 2.650 del Código civil italiano o al llamado "efecto relativo" recogido por el artículo 32 del Decreto francés de 14 de octubre de 1955. Y no lo queremos decir porque confieso que sabemos muy poco del principio de tracto sucesivo español, aunque leyendo nuestros tratados parezca que el artículo 20 es de fácil interpretación. No tenemos ninguna seguridad de que el artículo 20 se conforme con un tracto sucesivo de titularidades (al Registrador le basta que el transmitente sea titular registral, sin preocuparse de la coincidencia entre el título inscrito y el antetítulo de la escritura a inscribir) o exige, como las legislaciones latinas, el tracto sucesivo de títulos.

sión a tercera persona venía a impedir la inscripción del heredamiento faltando el consentimiento del tercero inscrito o resolución judicial. Le bastaba al Registrador el artículo 17 para rechazar la inscripción del título anterior, contradictorio y opuesto con el previamente inscrito.

Por ello, la Dirección estimó suficiente un breve considerando para justificar el fallo. Completándole con el vistos viene a decir: Prescindiendo de todo problema sobre inscribibilidad de los heredamientos (artículos 7 y 80 del Reglamento), como el preventivo no merma las facultades del heredante (89 y 90 de la Compilación), la existencia de un titular distinto impide la inscripción por los principios de legitimación y tracto (1 y 20 de la Ley). A mayor abundamiento, la inscripción del heredamiento es ya imposible (el testamento le dejó sin efecto) e inútil (el testamento resultaba conforme con el heredamiento).

El comentario podía y acaso debiera terminar aquí. Pero queremos poner un ligero reparo al resultando quinto, por su brevedad y su aspereza. Conociendo la tradicional ponderación y templanza del Centro Directivo debemos suponer que los argumentos de los recurrentes, tanto en el escrito inicial como en el de alzada, eran poco coherentes; pero aun siendo así, y precisamente por ello, debió el resultando hacer ligera referencia a las alegaciones de alzada, para que fuese innecesario todo adjetivo sobre sus argumentos y tratar de encontrar los móviles reales del recurso y de la apelación para mayor robustez del fallo, y para encontrarlos creo que era importante la determinación de la tercera persona que tenía inscritas las fincas y su título. Dada la incertidumbre doctrinal sobre la inscripción de los heredamientos y sus efectos, y en cuanto los recurrentes hacen referencia a una cuestión de preferencia de derechos, que corresponde decidir a los Jueces y no al Registrador, era conveniente agotar las posibilidades de averiguar cuál era esta cuestión para decidir que los principios registrales impedían al Registrador inscribir precisamente por no poder entrar en ella ni tenerla en cuenta. Al no hacerse esto tenemos que suponer que era imposible determinar lo que los recurrentes realmente pretendían y cuál era la situación jurídica material que reservaban a los Jueces.

Acaso los recurrentes pretendiesen que la cláusula de usufructo para el cónyuge sobreviviente de la estipulación sexta *in fine* de los capítulos, aunque vaya como estrambote del heredamiento preventivo a favor del primogénito, implica en realidad un heredamiento mutuo, si bien referido solamente al usufructo. Si esto fuese así, al conceder el artículo 95 de la Compilación al heredamiento mutuo los efectos del heredamiento simple, las facultades dispositivas del heredante respecto al usufructo de los bienes habrían estado sometidas a las limitaciones de los artículos 75 y 76. Es posible que el artículo 95 se haya excedido al remitirse indiscriminadamente a los efectos del heredamiento simple, porque la verdad es que los heredamientos mutuos o mutuales venían siendo considerados preventivos por los autores (4), y también es posible que el

(4) Los heredamientos mutuos o mutuales no parece que tengan la antigüedad de las otras figuras. BROCA decía que modernamente se ha aplicado a los cónyuges el heredamiento preventivo, y que siendo la naturaleza de éste la de una donación "mortis causa", el mutuo, no cercena la facultad de testar y tiene carácter revocable tanto por medio de disposiciones singulares "inter vivos" cuanto de un modo general y absoluto por testamento (GUILLERMO M.^a DE BROCA, Barcelona, 1918). CONDOMINES y FAUS también dicen que tiene naturaleza preventiva y que se somete a las normas generales de sucesión, aunque apuntan que resulta una forma de conservación de la autoridad paterna de mucha más fuerza e intensidad que el usufructo universal (FRANCISCO DE A. CONDOMINES VALLS y RAMÓN FAUS ESTEVE *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960).

A pesar de la naturaleza de preventivos que los autores concedían al heredamiento mutuo entre esposos, la solución de la compilación de asimilarlos a los simples (a favor de hijos que se casan) tiene cierta justificación, pues al no tratarse de heredatarios nacidos, ya que ambos esposos están vivos y otorgando, la idea de donación *inter vivos post mortem* prevalece sobre la de institución de heredero contractual, prevaleciendo el carácter de heredamiento-donación. Lo

artículo 70 dificulte más que facilite el que la cláusula de usufructo para el cónyuge sobreviviente, como coletilla final de un heredamiento preventivo a favor del primogénito, pueda ser considerado heredamiento mutuo con los efectos del simple. Pero tales pretensiones tendrían que discutirse, desde luego, ante los Tribunales. Aun en este imaginado supuesto, aunque se pretendiese con la inscripción del heredamiento excluir la aparición de un tercero hipotecario protegido frente a la acción de la viuda basada en los artículos 75 y 76, el principio de tracto siempre impediría que la inscripción del heredamiento pudiese tener el efecto de una anticipación de la anotación de la demanda con aquella finalidad.

Tampoco los resultandos explican por dónde tuvo conocimiento el Registrador del fallecimiento testado del heredante (¿por la solicitud de inscripción?, ¿por haberse inscrito la testamentaria de don Claudio?, ¿por el asiento de cancelación de la hipoteca dotal?). Pero hay que tener en cuenta que no siempre que el heredante fallece testado, el heredamiento preventivo ha de considerarse caduco, como tiene demostrado suficientemente MARÍA ENCARNACIÓN ROCA DE LAQUÉ: el heredamiento preventivo pervive no obstante el testamento del heredante si, en definitiva, por cualquier causa, hubiera de abrirse la sucesión abintestato (5). Esto nos conduce al problema de si el Registrador debe denegar la inscripción de un heredamiento preventivo siempre que la certificación de últimas voluntades reseñe algún testamento posterior, o si puede atender a las alegaciones de ineficacia de los interesados si no le ha sido presentada titulación sucesoria basada en tal testamento. Problema que a la vista de la Real Orden de 24 de octubre de 1971, y teniendo en cuenta que entonces no existía el Registro de Actos de última voluntad, no es tan sencillo como parece, pues si consideramos inscribible el heredamiento antes del fallecimiento del heredante, no está claro que sea de peor condición por el simple hecho de su fallecimiento testado si se trata exclusivamente de inscribir el heredamiento preventivo como tal y no la adquisición de los bienes en concreto. Y ello es prueba de que hay muchos puntos oscuros en la inscripción de heredamientos (6).

No sabemos por qué la exposición de esta materia en la última edición de ROCA SASTRE, aunque enriquecida por las referencias a la Compilación, resulta más recortada en la cuestión del momento y efectos de la inscripción de los heredamientos con relación al texto primitivo (edición de 1941). Su tesis general permisiva (todos pueden, aunque ciertos tipos no suelen, inscribirse antes del fallecimiento del heredante) no resulta expresamente modificada ni se hace referencia a las opiniones más restrictivas de CHICO Y BONILLA (no inscripción antes del fallecimiento de los heredamientos que sólo atribuyen la cualidad de heredero o que genéricamente la prevén, sin conceder titularidad concreta sobre bienes determinados); pero tememos que los referidos recortes se deban a no haber querido ROCA influir en ningún sentido la evolución natural de la práctica jurídica en un tema tan delicado, en el que ésta debe tener la última palabra (7).

que es ya muy dudoso es que el usufructo universal paccionado entre cónyuges como coletilla de un heredamiento preventivo a favor de hijos nacidos pueda estimarse heredamiento mutuo con efectos de heredamiento simple (remisión del 95 al 75 y siguientes) con consecuencias parecidas a un derecho expectante de viudedad aragonesa paccionada.

(5) M.^a ENCARNACIÓN ROCA DE LAQUÉ, *Revista jurídica de Cataluña*, 1972, 2 (abril-junio), páginas 123 y ss. Aunque tratando un punto muy concreto (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971 sobre la supervivencia del heredamiento preventivo cuando existe un testamento posterior ineficaz), la autora hace un estudio general muy interesante de este heredamiento.

(6) Ver la Resolución de 23 de marzo de 1900.

(7) ROCA SASTRE *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1941, I, págs. 433 a 455. *Derecho Hipotecario*, 1968, IV, 1.^o, págs. 23 a 32. CHICO Y BONILLA *Apuntes de Derecho Inmobiliario registral*, 1968, II, págs. 52 a 59.

No es fácil comprender la diversidad de opiniones sobre la inscripción de los heredamientos antes de desembocar en una adquisición de bienes determinados a favor de persona determinada, ni los desdibujados argumentos de cada opinión, ni por qué si se pueden inscribir no se suelen inscribir. Un pasaje de BROCA nos conduce al punto clave: Cuando estudia los efectos del heredamiento, que la Compilación ha llamado simple o de herencia, dice que en la actualidad (en 1918) como por la Ley Hipotecaria el heredamiento se inscribe respecto a los inmuebles presentes, no podrá ser inscrita la enajenación que de tales bienes efectúe el heredante y que esta circunstancia merma el valor de las opiniones de FONTANELLA Y CARCER, según las cuales, por continuar el heredante siendo dueño y por hacerse los heredamientos a favor de los hijos con la cláusula reversional para el caso de fallecer sin ellos, los heredatarios no podrán revocar las enajenaciones del heredante hasta después de fallecido éste. Vemos cómo el Registro (en opinión de BROCA) había introducido sin querer una grave alteración en la doctrina dominante de los autores (8).

No procede aquí (y carecemos, además, de información) dilucidar si los artículos 75 y 76 de la Compilación han desbordado el sentido de la Constitución *A fora gitar frauds*, pero creo que no está claro que el Registro transforme una acción del hereditario para anular las disposiciones del heredante realizadas en fraude del heredamiento y con fraude del adquirente en una prohibición absoluta de disponer garantizada por el Registro. La costumbre de no inscribir los heredamientos no parece derivar de la escasa utilidad de la inscripción, sino precisamente de sus peligrosos y excesivos efectos. Por otro lado, el impacto de la publicidad registral en la circunstancia de que el adquirente sea ajeno al fraude no puede desconocerse (9).

Igualmente en otros tipos de heredamientos es preciso determinar claramente sus efectos en las facultades dispositivas del heredante sobre bienes concretos, la naturaleza de la acción del heredatario y los efectos de la inscripción del heredamiento y no conformarnos con la ambigua y perturbadora solución de que se pueden inscribir, pero no se suelen registrar. En tanto que nada de esto esté claro habremos de inclinarnos por las opiniones contrarias a la inscripción de heredamientos mientras no impliquen donación *inter vivos* e irrevocable de fincas determinadas o adquisición *mortis causa* consumada de las mismas. Creemos que el Registro español tiene suficiente elasticidad y mecánica apropiada para que las titularidades conformadas por un heredamiento de cualquier tipo tengan ingreso en él antes de estar plenamente consumada la sucesión contractual; pero tememos que la Compilación no ha dado perfiles suficientemente nítidos a cada tipo respecto a la alteración de las facultades dispositivas del heredante para permitir la precisa determinación de titularidades, derechos y facultades dispositivas.

En la lucha de las costumbres germánico-feudales favorables a la sucesión contractual con el principio romano *hereditas viventis non dicitur* hubo un punto de transacción en gracia al *favor matrimoniorum* y los pactos nupciales vinieron a amparar la contratación sobre la herencia futura (instituciones contractuales de heredero y donaciones *inter vivos* con efectos *post mortem* de bienes presentes y futuros). Hoy, los

(8) BROCA *Obra citada*, pág. 711. Sobre la limitación de las facultades dispositivas del heredante en el heredamiento simple, ver las Sentencias del T. S. de 18 de junio de 1918 y 4 de febrero de 1927. Aun habiéndose reservado los heredantes facultades de disponer a título oneroso una renta, puede anularse por simulada y en fraude del heredamiento. Ver la Sentencia de 1 de julio de 1970 en esta Revista de mayo-junio de 1971, pág. 705.

(9) La falta de descripción de las fincas en el título o de claridad en esa descripción constituye un defecto subsanable. Resoluciones de 8 de junio de 1876, 19 de marzo y 4 de diciembre de 1879, 22 de marzo de 1902, 11 de julio de 1905 y 2 de febrero de 1950.

cambios económicos permiten descubrir que en los obstáculos romanos a las herencias en vida actuaba, además del *ambulatoria est voluntas defuncti...*, otro inconveniente, que se enlaza con los de las vinculaciones y amortizaciones de bienes y los derechos condicionados por largo tiempo. No basta diferenciar lo rural y lo urbano cuando la economía tiende a concebir la tierra como un factor más de la producción, y por ello los mismos países que, como Alemania, pusieron disco verde a la sucesión contractual, lo hicieron en forma de no perturbar el tráfico de inmuebles. En el B.G.B., el contrato sucesorio no excluye el derecho del otorgante para disponer de su patrimonio por actos *inter vivos*; el heredero no tiene ningún derecho sobre el patrimonio de aquél. Sólo está protegido de los actos del causante por las siguientes normas: En las donaciones hechas con intención de perjudicarle puede reclamar del donatario, después de la delación de la herencia y conforme a las normas del enriquecimiento injusto (§ 2.287, 1.º). Sólo las disposiciones de última voluntad anteriores o posteriores al contrato sucesorio son ineficaces y únicamente en cuanto perjudiquen o puedan perjudicar el derecho del designado.

La normativa de los artículos 75 y siguientes de la Compilación es muy distinta y mucho más perturbadora para el tráfico. Además, los artículos 88, apartado 2.º, y 95, apartado 1.º, dejan un tanto incierto cuáles son los tipos de heredamiento sometidos a los artículos 75 y 76, aunque prescindamos de la posibilidad de que la fórmula del heredamiento sea difícil de encajar, sin duda, en un determinado tipo de los enumerados en la Compilación.

Por las circunstancias del caso, la Resolución comentada poco podía servir para despejar las graves incógnitas de las inscripciones de heredamientos. Pido disculpas si con este comentario he contribuido a agravar esas incógnitas.

T. C. G.

11. DESCRIPCION DE FINCA.—AUNQUE PARA UNA MÁS EXACTA DETERMINACIÓN DEL INMUEBLE DEBE EXPRESARSE LA NATURALEZA DE LOS PREDIOS COLINDANTES Y EL SEGUNDO DE LOS APELLIDOS DE SUS TITULARES, TAL COMO PARA LO PRIMERO SE PREVIENE EN EL ARTÍCULO 51 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, EL NO HACERLO ASÍ NO ES MOTIVO BASTANTE PARA SUSPENDER UNA INSCRIPCIÓN, SOBRE TODO SI LA DESCRIPCIÓN COINCIDE CON LA DE LOS LIBROS REGISTRALES Y NO PUEDE SURGIR NINGUNA DUDA RESPECTO DE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Resolución de 21 de marzo de 1973 (B. O. del E. de 12 de abril).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada en Rubí el 28 de abril de 1969 ante el Notario recurrente, doña Nieves Cañameras y otros declararon extinguido un censo consistente en la pensión anual de ocho pesetas, que tenían a su favor, vendiéndolo por el precio de 1.500 pesetas a don Luis Saumell Casanova, dueño de la finca gravada, descrita en el instrumento como «casa en estado ruinoso sita en Rubí, calle de San Pedro, número 11, compuesta de planta baja y un piso, con patio detrás, de superficie 180 metros cuadrados, de los que están edificadas 90. Linda: frente, dicha calle; derecha saliendo, con Aurora Martínez; izquierda, con Juan Roca, y espalda, con Magín Torres».

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que precede por observarse los siguientes defectos: primero, no detallarse en la descripción de la finca la naturaleza de las fincas colindantes ni el segundo apellido de los titulares de éstas; segundo, no salvarse los soberraspados 'su capital' y 'tercera'; tercero, no salvarse en forma los enmendados que se realizan en la copia después del doy fe de la misma. Se consideran todos como subsanables, no tomándose anotación preventiva de suspensión por no solicitarse.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que desea, en primer término, hacer patente la poca entidad de los defectos señalados por el Registrador, que normalmente no son tenidos en cuenta en la práctica registral, lo que revela una clara intención de obstaculizar la función notarial por motivos que no son de interés público; que tiene planteado otro recurso basado en análogos defectos puestos por el mismo funcionario calificador; que las Resoluciones de 7 de enero de 1893, 26 de marzo de 1909 y 18 de octubre de 1911 declaran inscribibles las escrituras «aun cuando al designar algún lindero no se precise la naturaleza del predio colindante»; que el criterio de la doctrina científica es igualmente que en estos defectos el Registrador debe facilitar la inscripción y no obstacu-

lizarla; que la descripción está tomada de títulos anteriores que fueron inscritos, lo que refuerza la práctica registral antes aludida; que los soberrraspados a que se refiere el Registrador sólo afectan a parte de las palabras citadas, se debieron a simples errores mecanográficos y no altera el sentido de la frase; que, además, la legislación notarial contiene normas sobre salvadura de las enmiendas en las matrices, pero no en las copias; que aun en el supuesto de que la omisión de la salvadura produzca la nulidad de lo enmendado, es lo cierto que el resto del documento sigue siendo perfectamente válido y con datos suficientes para poder inscribir la redención del censo de que se trata, y que el último defecto señalado le parece totalmente intrascendente, no entendiendo lo que quiere decir el Registrador—que parece desconocer la existencia de los artículos 153 y 243 del Reglamento Notarial—con la expresión «no salvarse en forma», el cual debe ser condenado en costas por su ignorancia inexcusable.

El Registrador informó: que prescinde de afirmaciones gratuitas del recurrente, que están fuera de lugar; que el artículo 51 del Reglamento Hipotecario exige que se expresen en la descripción de la finca los linderos por los cuatro puntos cardinales y la naturaleza de las fincas colindantes, así como cualquier otra circunstancia que impida confundirla con otras que se inscriban; que la consignación de la citada naturaleza es una exigencia legal que hay que cumplir sin que se pueda estimar derogada por una corruptela tolerada a veces por especiales razones; que el no consignar el segundo apellido de los titulares de las fincas colindantes es otro defecto que impide la perfecta identificación de los predios; que el criterio de tolerancia seguido por otros Registradores no obliga al funcionario calificador, como tiene declarado la Dirección General en resolución de 18 de noviembre de 1960; que aunque el Reglamento Notarial no establezca la nulidad de las copias en que no se salven los errores advertidos, el mismo artículo 243 exige su corrección en igual forma que para la matriz, y que en cuanto el modo de subsanar los defectos advertidos, es indudable que debe ser expresado así en la nota de suscripción de la copia, y si fueron observados después del doy fe habrá que extender otra nota con nuevo doy fe, criterio recogido por la Resolución de 27 de noviembre de 1929 y artículo 243 del Reglamento Notarial, siendo también digna de mención en este punto la resolución de 1 de febrero de 1890.

El presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por entender que con su extremo rigor, verdadera huelga de celo, entorpece la actividad notarial, habiendo rechazado más de un millar de escrituras al Notario recurrente, por lo que debe ser condenado en costas, y la Dirección General confirma el auto apelado con la siguiente doctrina:

B) Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—Vistos los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, 153 y 243 del Reglamento Notarial y las resoluciones de este Centro de 7 de enero de 1893, 26 de marzo de 1909 y 18 de octubre de 1911.

Considerando que en este recurso, de escasa trascendencia jurídica, la primera de las cuestiones suscitadas aparece ya resuelta desde la lejana resolución de este Centro de 7 de enero de 1893, reiterada en otras posteriores, de las que se desprende que aunque para una más exacta determinación del inmueble debe expresarse la naturaleza de los predios colindantes y el segundo de los apellidos de sus titulares, tal como para lo primero se previene en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, el no hacerlo así no es motivo bastante para suspender una inscripción, sobre todo si, como en el caso presente sucede, la descripción coincide con la de los libros registrales y no puede surgir ninguna duda respecto de la identidad de la finca.

Considerando que mucha menos trascendencia tienen los defectos segundo y tercero, donde ni casi como falta reglamentaria podría calificarse el soberrraspado de alguna letra equivocada en las palabras «capital» y «tercero», que pueden ser subsanados a través de los medios establecidos en el artículo 243 del Reglamento Notarial, pero que en ningún caso ha de servir de justificación para obstaculizar el ingreso en el Registro del documento calificado, a cuyo contenido en nada afecta la nimiedad de la cuestión.

Considerando que los funcionarios públicos deben desarrollar con presteza el servicio que tienen encomendado, sin plantear problemas intrascendentes en recursos gubernativos, que al retrasar artificiosamente la inscripción mediante una especie de injustificada huelga de celo, como dice con acierto el auto presidencial, pueden acarrear perjuicios a los interesados y al normal desenvolvimiento de la oficina registral, haciendo intervenir, por otro lado, con pérdida de tiempo, a otros funcionarios cualificados, como son el propio Presidente de la Audiencia y los del Centro directivo, cuya atención debe ocuparse en cuestiones más importantes.

12. DESCRIPCION DE FINCA.—REITERA LA DE 21 DE MARZO DE 1973.

SEGREGACION.—NO PUEDE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN QUE NO SE HAYA HECHO CONSTAR NUMÉRICAMENTE LA EXTENSIÓN SUPERFICIAL DEL RESTO, PUES ES INDUDABLE QUE AL SEÑALARSE LA SUPERFICIE DE LA TOTALIDAD DEL INMUEBLE, ASÍ COMO LA DE LA PORCIÓN SEGREGADA, Y EXPRESARSE QUE HA QUEDADO DISMINUIDA LA PRIMERA EN ESTA ÚLTIMA EXTENSIÓN, UNA SIMPLE OPERACIÓN DE RESTAR DESPEJA LA CUESTIÓN MATEMÁTICA QUE PODRÍA PLANTEARSE.

Resolución de 22 de marzo de 1973 (B. O. del E. de 12 de abril).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada en Rubí el 13 de agosto de 1969 ante el Notario recurrente, doña Carmen Banal Bonavía, casada en régimen de separación de bienes, vendió a don Joaquín Sacristán Collado y su esposa, también casados en régimen de separación de bienes, una finca segregada de otra mayor, cuya descripción (de la parte segregada) era la siguiente: «Terreno edificable en término municipal de Rubí, paraje denominado El Carmelo, de superficie 639 metros cuadrados, 10 decímetros cuadrados, equivalentes a 16.915,84 palmos, también cuadrados. Linda: frente, en línea de 17,50 metros, con camino; derecha entrando, en línea de 44 metros, con fincas de doña Leonor Tarancón y resto de finca; izquierda, en línea de 46 metros, y fondo, en línea de 11 metros, con resto de finca», agregándose: «La segregación se efectúa por el este de la finca matriz, cuya superficie queda disminuida en la extensión de la porción segregada.»

Presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del documento que precede por observarse los siguientes defectos: 1.º) no justificarse la toma de razón en el Ayuntamiento de Rubí, a efectos del arbitrio de plusvalía; 2.º) no detallarse en la descripción de la finca segregada y vendida si el lindero del frente es un camino conocido por un nombre o es un camino que sirve de separación con otra finca y, en este caso, la naturaleza de la misma y el nombre y apellidos de su propietario; ni consignarse la naturaleza de la finca lindante por su derecha entrando ni el segundo apellido del titular de ésta; 3.º) no describirse el resto de la finca matriz en la forma prevenida en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario, que exigen, como mínimo, además del lindero por donde se efectúa la segregación, como consta en la escritura, la modificación de su extensión, no bastando a este efecto decir: cuya superficie queda disminuida en la extensión de la porción segregada;

4.º) no salvarse en forma los añadidos y enmiendas que se realizan en la copia presentada después de estampar el doy fe de la misma. Se consideran tales defectos como subsanables, no tomándose anotación de suspensión por no solicitarse.»

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que deja aparte el primero de los defectos señalados a pesar de que el propio Registrador ha inscrito centenares de escrituras sin tal requisito poniendo nota de afección del citado arbitrio; que en cuanto al segundo defecto, la resolución de 11 de marzo de 1879 dice que está bien expresado el lindero cuando se indica que la finca linda con un camino sin mencionar el nombre de éste ni ninguna otra circunstancia; que, sin embargo, el Registrador no sólo exige se diga el nombre del camino, sino también la naturaleza de la finca y el nombre del titular de la situada al otro lado del mismo; que el criterio científico y jurisprudencial sobre este punto es de la máxima tolerancia, como demuestran las resoluciones de 7 de enero de 1893, 26 de marzo de 1909 y 18 de octubre de 1911, entre otras; que el defecto tercero achaca a la escritura una supuesta infracción de los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario cuando precisamente se han cumplido con rigor sus normas, como puede comprobarse a la vista de su texto y de la resolución de 23 de octubre de 1965; que la práctica notarial y registral es constante en la admisión de segregaciones con menos requisitos que los contenidos en la escritura calificada; que la dureza de la calificación parece que no tiene más finalidad que obstaculizar la labor del Notario autorizante de las escrituras, y que el modo de salvar las correcciones o enmiendas está regulado por el artículo 243 del Reglamento Notarial y se han cumplido con exceso sin que entienda qué quiere decir el Registrador con su expresión de salvar «en forma».

El Registrador informó: Que no es cierto que haya admitido centenares de escrituras sin la toma de razón en el Ayuntamiento a efectos del pago del arbitrio de plusvalía, y aunque este defecto no es objeto de recurso, quiere hacerlo constar; que en cuanto al segundo defecto, el artículo 51 del Reglamento Hipotecario no sólo exige que se expresen en la descripción de las fincas sus linderos por los cuatro puntos cardinales, sino también la naturaleza de las colindantes y cualquier otra circunstancia que impida su confusión; que el consignar como lindero un camino sin especificar nombre no aclara lo suficiente, por lo que es necesario señalar otras circunstancias que eviten confundir con otra la finca que se inscriba; que la obligación de expresar la naturaleza de la finca colindante no es un capricho del calificador, sino una exigencia legal, que no se puede considerar derogada por una corruptela tolerada a veces por circunstancias especiales; que el no consignar el segundo apellido del dueño de una finca colindante es otro defecto que impide la perfecta identificación de la que se pretende inscribir; que el criterio de tolerancia seguido por otros Registradores no obliga al funcionario calificador, como tiene declarado la resolución de 18 de noviembre de 1960; que en cuanto al tercer defecto, los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario exigen que se consignen, como mínimo, en cuanto al resto de la finca matriz, no sólo el lindero por donde se efectúa la segregación, sino también la modificación en su extensión, y esta exigencia no puede estimarse cumplida con la manifestación de que la superficie de la misma queda disminuida en la extensión en la porción segregada, sino que debe expresarse con arreglo al sistema métrico decimal, según el espíritu de la resolución de 23 de octubre de 1965, y que en cuanto al cuarto defecto, en el caso de subsanación de errores observados después de poner el doy fe, debe procederse como previenen las últimas palabras del artículo 243 del Reglamento Notarial cuando habla de nota posterior autorizada de

igual modo que la copia, criterio seguido por la resolución de 27 de noviembre de 1929, siendo también digna de mención en este punto la de 1 de febrero de 1890.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, en cuanto a los defectos recurridos, por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente, considerando que el riguroso criterio registral se debe a motivos personales contra el fedatario, como pudo apreciar ya en otro recurso planteado entre los mismos funcionarios, lo cual puede provocar una corriente desinscribitoria, razón por la cual deben imponerse las costas al funcionario calificador, y la Dirección General confirma el auto apelado, que revocó los defectos 2, 3 y 4 de la nota de calificación, únicos sobre los que se planteó debate, con la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*—Vistos los artículos 9 de la Ley Hipotecaria; 47, 50 y 51 de su Reglamento; 153 y 243 del Reglamento Notarial, y las resoluciones de este Centro de 7 de enero de 1893, 26 de marzo de 1909, 18 de octubre de 1911 y 21 de marzo de 1973.

Considerando que en el presente recurso se plantean algunas de las cuestiones que han sido ya resueltas por este Centro Directivo en la resolución de 21 de marzo de 1973, en que se declaró que no es motivo suficiente para suspender una inscripción la circunstancia de que en la descripción del inmueble contenida en la escritura calificada no se expresa la naturaleza de los predios colindantes, tal como se establece en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario o se omitiese el segundo apellido de los titulares de las mismas—requisito no exigido en ninguna disposición legal o reglamentaria—, máxime cuando la descripción coincide con la de los libros registrales y no puede surgir ninguna duda respecto a la identidad de la finca, y lo mismo habrá igualmente de indicarse respecto al resto de este defecto segundo en relación a la constancia del nombre del camino que sirve de separación con la otra finca, así como a la naturaleza de ésta y el nombre y apellidos, en su caso, del propietario.

Considerando que, en cuanto al defecto cuarto, la indicada resolución manifestó que en ningún caso podría calificarse como defecto que obstaculizase el ingreso en el Registro del documento calificado las enmiendas o soberraspados realizados en la copia presentada, que, en último término, podrían ser subsanados a través de los medios establecidos en el artículo 243 del Reglamento Notarial, y que en nada afectan al documento en sí.

Considerando, por último, que, en cuanto al defecto tercero, el propio funcionario calificador reconoce en la nota que se ha cumplido con lo establecido en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario, al indicarse en la escritura el lindero por donde se ha efectuado la segregación, sin que pueda tomarse en consideración que no se haya hecho constar numéricamente la extensión superficial del resto, pues es indudable que al señalarse la superficie de la totalidad del inmueble, así como la de la porción segregada, y expresarse que ha quedado disminuida la primera en esta última extensión, una simple operación de restar despeja la cuestión matemática que podría plantearse.

C) *COMENTARIO.*—Lo limitaremos al contenido de los problemas que resultan de las notas calificadoras y, en especial, a los que se suscitan en torno a las importantes cuestiones siguientes: 1) Descripción adecuada de las fincas para su constancia en el Registro. 2) Descripción del resto de finca matriz en los supuestos de segregación, ya que estimamos que todas las demás implicaciones recogidas bajo la expresión «huelga de celo» no deben, en buena técnica jurídica, interferirse en la búsqueda de la solución de los interesantes problemas antes apuntados.

1. *Descripción de fincas para su constancia en el Registro.*—Es de todos conocido que el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, a los efectos de que se consiga la plena identificación de la finca para su posterior inscripción, exige que su descripción exprese: la naturaleza, situación y linderos, en todo caso, y la medida superficial, nombre y número, si constaren del título. Es decir, parte la Ley de la distinción entre requisitos de descripción necesarios, cuya omisión se traduce en la nulidad de la inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 30, que sanciona tanto la omisión como la expresión con inexactitud sustancial de alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9, y requisitos potestativos, como la medida superficial, nombre y número, sólo de obligada constancia cuando resultaren del título inscribible y siempre sin sanción de nulidad. La parquedad de la Ley viene a completar de manera confusa el artículo 51 del Reglamento, que amplía la exigencia de aquélla y eleva a requisitos de primer grado la medida superficial, que habrá de expresarse en todo caso, a la vez que respecto de las fincas rústicas impone su determinación mediante la consignación de los linderos por los cuatro puntos cardinales y la expresión de la naturaleza de las fincas colindantes, al tiempo que señala como requisitos de segundo grado o potestativos: el nombre propio de la finca, si lo tuviere; los números del polígono y parcela, si constaren, y con carácter general, cualquier circunstancia que impida confundir con otra la finca que se inscriba. Es de destacar que no existe en el Reglamento ninguna norma similar a la del artículo 30 de la Ley en su carácter tajante y si tan sólo una regla aparentemente secundaria, la del artículo 98, apartado 2, cuando nos habla de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción bajo pena de nulidad. Por tanto, el problema se desplaza ahora a determinar las circunstancias reglamentarias, cuya omisión provoca la nulidad de la inscripción. La insuficiencia de las normas reglamentarias expresadas conduce a que todas las posibles interpretaciones para la solución del problema sean defendibles; estimar que el artículo 98 del Reglamento se refiere a todas las circunstancias recogidas por el artículo 51; considerar que no comprende ninguna, pues el artículo 98 se refiere a las exigidas imperativamente por el artículo 9 de la Ley, o la intermedia de suponer que provocan la nulidad de la inscripción, la omisión o expresión con inexactitud sustancial de aquellas circunstancias del artículo 51, que desarrollan las exigidas con carácter imperativo por el artículo 9 de la Ley. Como habíamos visto, tratándose de descripción de finca provocan la nulidad, la falta de consignación de la naturaleza, situación y linderos, y el artículo 51 desarrolla lo relativo a la naturaleza de la finca con la exigencia de que se exprese si es rústica o urbana y su nombre; la situación, a base del término municipal, pago o partido, y completa la identificación con los linderos por los cuatro puntos cardinales y naturaleza de las fincas colindantes, además de los de la medida superficial y números del polígono y parcela.

Pero una cosa es que la omisión o expresión sustancial inexacta de alguno o algunos de los requisitos legales y reglamentarios pueda ser sancionada con la nulidad del asiento de inscripción que se practique y otra, completamente distinta, que la calificación del Registrador no sea soberana para actuar sobre los mismos, no sólo para evitar la posible nulidad, a que antes aludimos, o la sanción por infracción reglamentaria en que puede incurrir el Registrador si incumple con lo ordenado por el artículo 51, sino, además, porque la calificación de tales requisitos legales y reglamentarios entra de lleno en la esfera de su competencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 del Reglamento, que le concede la facultad de apreciar y le impone el deber de considerar como falta de legalidad, en su caso, la no expresión o la expresión sin la claridad sufi-

ciente de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad. En resumen, el objetivo legal y reglamentario es patente: lograr la certeza en la identificación de la finca, suministrar al Registrador los datos necesarios para conseguir aquélla y evitar en lo posible los males derivados de la falta de armonía entre Registro y realidad.

Esta finalidad de conseguir la plena identificación de la finca ha sido puesta de relieve por reiterada doctrina de la Dirección, que también ha estimado, en atención a dicho objetivo, que los defectos en la descripción de las fincas tienen generalmente carácter subsanable. Subsanación que facilita extraordinariamente el artículo 110 del Reglamento, al permitir la utilización de la «instancia subsanatoria, que se archivará en el Registro». En consecuencia, es lógico suponer que el Registrador tenga facultad para pedir a los interesados los datos o requisitos de descripción que estime necesarios para la plena identificación de las fincas, y el deber correlativo de colaboración de aquéllos mediante la presentación de la instancia subsanatoria, que actúa en su propio interés y que no les ocasionará ningún tipo de dispendio ni de retraso en el despacho.

2. Descripción del resto de finca matriz en los supuestos de segregación.—Una de las operaciones más frecuentes en la práctica registral es la de la segregación, mediante la que se separa parte de una finca inscrita para formar una nueva. Los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario precisan los requisitos que habrán de observarse en toda segregación y exigen un contenido mínimo obligatorio, como es el de expresar las modificaciones en la extensión de la finca matriz o resto. En el fondo, esta mínima exigencia es corolario de la regla general de la expresión de la medida superficial y obedece, además, según expresa la resolución de 2 de enero de 1928, a la finalidad de evitar que de un inmueble inscrito sin tal circunstancia puedan segregarse indefinidamente parcelas.

Pero el problema que ahora se plantea consiste en determinar si en la descripción del resto de finca matriz habrá de hacerse constar en el título inscribible de manera expresa y con datos matemáticos la extensión superficial de aquélla o será suficiente la expresión de que la superficie total de la finca ha quedado disminuida en la extensión correspondiente a la de la porción segregada, imponiéndose así al Registrador por vía indirecta la práctica de la operación aritmética para la determinación de la superficie. Si, como queda indicado, en toda operación de segregación habrá de expresarse el resto de finca matriz después de realizada aquélla, es indudable que la segunda solución, antes apuntada, no debe prevalecer por las siguientes razones:

- Por su propio carácter, el asiento de inscripción es una consignación extractada en los libros registrales del contenido de un título, sin que pueda quedar al arbitrio o al margen discrecional del Registrador la formulación de este extracto. En consecuencia, debería limitarse a reproducir lo que resulta del título y no cabe duda que la fórmula por éste utilizada viola claramente el principio de especialidad.
- Supone una infracción por el Notario autorizante de lo dispuesto en el artículo 170 del Reglamento Notarial, que exige expresar en la descripción de los inmuebles con la mayor exactitud posible los requisitos y circunstancias imprescindibles o necesarias para realizar la inscripción.

- Se iría en contra del contenido de los artículos 51-4, 47 y 50 del Reglamento Hipotecario.
- La generalización de este criterio respecto de operaciones registrales afines—como la agrupación—equivaldría a admitir la inscripción de la finca agrupada bajo la fórmula de que su superficie es equivalente a la suma de todas las fincas que se agrupan.

En consecuencia, y respecto del problema planteado, creemos que una buena práctica notarial aconseja la descripción hipotecaria no sólo de la parte segregada, sino del resto de la finca, con los datos numéricos de modificación de superficie y alteración de linderos, como mínimo, para que en el Registro pueda extenderse la nota reglamentaria en términos claros y precisos.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION DE TITULARIDAD EN LA FORMA DETERMINADA POR EL ASIENTO REGISTRAL. INTERPRETACION DE INSCRIPCIONES. CASACION POR INCONGRUENCIA Y FALTA DE LOGICA DEL FALLO (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—Don Tomás M. Z. y don Tomás M. A. interponen demanda contra doña Aida-Manuela F. P. y otros, alegando ser dueños de participaciones indivisas de una finca registral muy compleja, formando parte de la misma una serie de construcciones consistentes en piscifactorías y establecimientos pesqueros y otras industrias, que figuran a través de numerosas inscripciones sucesivas, pero todas ellas dentro del folio general de la misma finca registral, y solicitando la división de dicha finca matriz a base de segregar las diferentes partes de la misma y subastarlas con reparto del precio entre los titulares del suelo y vuelo industrial de toda la finca.

Algunos de los demandados se allanan a la demanda, otros se oponen a la forma de división que se pretende y otros formulan reconvencción respecto al establecimiento pesquero denominado «Encañizada El Estacio», entendiendo que pertenece exclusivamente a los titulares del establecimiento en sí, o sea, a los titulares del vuelo industrial, sin que sean copartícipes de la misma los titulares del suelo de la finca matriz.

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Madrid estima parcialmente la demanda y la reconvencción, considerando divisibles ciertas porciones de la compleja finca registral e indivisibles otras, y respecto a la piscifactoría «El Estacio», la considera como finca nueva e independiente del terreno, a pesar de figurar descrita dentro del folio general de la finca matriz, con la consecuencia de no pertenecer nada más que a los titulares que figuraban en la inscripción que la describía, quedando excluidos los titulares del terreno.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revoca parcialmente dicho fallo y desestima la reconvencción por no haber solicitado los reconvinientes la nulidad de los asientos registrales que se oponían a la pretensión recogida en dicha reconvencción; pero luego hace unos pronunciamientos sobre la piscifactoría «El Estacio», que serán estimados como faltos de lógica e incongruentes por el Tribunal Supremo.

Los actores interponen recurso de casación basándose precisamente en la contradicción en que incurre la sentencia apelada, pues desestima la reconvencción que pretendía la declaración de titularidad exclusiva a favor de los demandados sobre el establecimiento pesquero y, sin embargo, luego no incluye a los demandantes en el reparto del precio que había de obtenerse al subastar el citado establecimiento «El Estacio». Se citan en el recurso el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y el artículo 404 del Código civil, entre otros.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso, siendo de destacar el considerando segundo de la primera sentencia, que dice así:

«Considerando que tal como está redactado el cuarto pronunciamiento de la sentencia impugnada, que queda transcrita, puede conducir, y en realidad ha conducido a la parte recurrente, a la conclusión de que lo que en él se acuerda es el reparto de lo que se obtenga en pública subasta del bien indivisible, sólo entre los accionistas de la 'Encañizada El Estacio', con exclusión de los propietarios del terreno, que era la pretensión perseguida por los reconvinientes y que parece aceptada en el cuarto pronunciamiento del fallo, no obstante haber sido ésta totalmente desestimada, lo que la hace incongruente, vicio que se denuncia a través de cuatro de los nueve motivos del recurso..., de lo que procede acoger, por las razones expuestas, el octavo, en el que se alega la infracción por violación del artículo 359 de la misma Ley, al carecer de lógica el fallo interpretado, sin que para tal resolución sea obstáculo el hecho de que el fundamento de la desestimación de la reconvencción que da la instancia sea la de no haberse entablado, a tenor del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, previamente o a la vez, demanda de nulidad o cancelación de la inscripción contradictoria, pues lejos de conducir tal razonamiento a una absolución en la instancia, sin entrar en el fondo, comporta, por el contrario, y por el principio de la legitimación registral, la consagración de la existencia a todos los efectos legales, mientras que aquellos asientos no se anulen, de todos los derechos reales inscritos en el Registro; en este caso, la inscripción es de la totalidad de la finca, incluso del terreno en que están ubicadas las 'encañizadas' a nombre de los propietarios de la 'Hacienda de La Manga de San Javier', así como la afirmación de que pertenecen a su titular, en la forma descrita por el asiento registral.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo resuelve lo siguiente:

«Considerando que en las numerosas inscripciones, más de 114, practicadas en el Registro de la Propiedad de Murcia referentes a la finca 200, que es la 'Hacienda de La Manga de San Javier', se comprende la totalidad del terreno dentro del cual están ubicadas las salinas y las pesquerías a que se refiere este pleito, pues si bien en algunas de ellas se consigna menor cabida, no se hace constar que ello sea debido a ningún género de segregación.»

«Considerando que si bien es cierto que al tomo 81, libro 60, folios 24 y 25 vuelto del mismo Registro aparece inscrito como finca rústica el establecimiento de pesquería denominado 'Encañizada El Estacio', inscripción que se hace sin expresión de cabida a favor de los titulares que se citan, hay que tener en cuenta, de una parte, que se hacen en el folio correspondiente a la finca 200, que es sobre la que está ubicada la 'Encañizada', y de otra parte, que se hace constar 'sin perjuicio de tercero y sin que esta inscripción pueda perjudicar los derechos de los conductores de la finca principal'.»

«Considerando que al ejercitar la acción de división de comunidades los propietarios de la 'Hacienda de La Manga de San Javier', los accionistas de la llamada 'Encañizada El Estacio', ubicada dentro de sus lindes, entablaron reconvención sobre acción contradictoria de dominio, alegando que les pertenecía el terreno sobre el que la pesquería se asentaba; pero al no entablar previamente ni a la vez demanda de nulidad o de cancelación de las inscripciones contradictorias, dichas inscripciones han de quedar incólumes mientras no se cancelen por mandato judicial o por acuerdo de las partes interesadas y, por tanto, es obligado proclamar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, la propiedad del terreno controvertido a favor de los titulares de la finca matriz.»

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo en ambas sentencias, primera y segunda, hace aplicación del principio de legitimación registral reconocido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

En la primera sentencia, o sea, en la sentencia rescindente o de casación, como la *ratio decidendi* de la misma se centra en la existencia de incongruencia o falta de lógica del fallo apelado, el Tribunal Supremo alude al principio de legitimación registral para reforzar dicha idea de incongruencia, y lo hace a base de coordinar los dos aspectos sustantivo y procesal del principio, que en la sentencia apelada aparecían desconectados. Efectivamente, es ilógico basar la desestimación de una pretensión en el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (aspecto procesal del principio, o sea, la necesidad de demandar previamente o a la vez la nulidad o cancelación de la inscripción contradictoria, que en este caso no hicieron los demandados reconvinientes) y luego no aplicar en el fallo la presunción legitimadora sustantiva derivada de los asientos registrales a favor de quien ostenta la titularidad contradictoria de la pretensión. El Tribunal Supremo destaca esta incongruencia de la sentencia apelada casando la misma. La idea de esta primera sentencia es acertada y aparece avalada con evidencia por los propios términos del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que inicia su párrafo segundo diciendo: «Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente» (es decir, como consecuencia de la presunción SUSTANTIVA), lo que revela la necesidad de coordinación del aspecto procesal y sustantivo del principio de legitimación, pues si no fuera por ello no existiría el párrafo segundo del repetido artículo 38.

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo decide el caso planteado aplicando el principio de legitimación registral. Se trata de una sentencia de contenido exclusivamente registral o hipotecario. Lo más interesante de la misma no es propiamente la aplicación del principio, sino la labor previa de interpretación de las inscripciones, que sirve precisamente de base o apoyo para aplicar el principio de legitimación registral. Ciertamente se trata de una segunda sentencia y las de este tipo no son susceptibles de generar doctrina legal (1), pero a pesar de ello vamos a ha-

(1) Así lo tiene declarado el propio Tribunal Supremo en sentencias de 31 de marzo de 1948 y 17 de mayo de 1957. En la sentencia de 31 de marzo de 1948 (*Aranzadi*, pág. 273, año 1948) se dice que la sentencia invocada por el recurrente no interesa porque, aparte de que una sola

cer unas consideraciones sobre este problema de la interpretación de las inscripciones, ya que con esta sentencia queda demostrada la relación del mismo con el principio de legitimación y en ella se recoge una verdadera lección de interpretación de inscripciones en el caso concreto planteado.

La relación de ambas cuestiones es clara: el párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria presume la existencia y titularidad de los derechos inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo», y resulta que para saber cuál es esa «forma determinada» puede ser necesario hacer una labor de interpretación del asiento. Por otro lado, la interpretación de la inscripción puede tener relación también con otros principios, como los de calificación y tracto sucesivo, y con otros aspectos del Derecho Hipotecario, lo cual demuestra la necesidad de señalar algunas directrices en esta materia.

No obstante, la doctrina de los autores apenas se ha ocupado del problema de la interpretación de las inscripciones. Solamente LACRUZ y SANCHEO REBULLIDA, en su *Derecho Inmobiliario Registral*, hacen una alusión a esta cuestión (2). Nosotros creemos que merecería la pena hacer un estudio detenido sobre este aspecto. A pesar de todo, la despreocupación de la doctrina y de la legislación puede llegar a ser explicable, pues aunque los enemigos más destacados del principio de legitimación registral son la imprecisión y la contradicción de las inscripciones (por tratarse de enemigos que viven en sus entrañas), lo cierto es que el legislador ha establecido una serie de defensas: *el principio hipotecario de especialidad*, que tiende a crear situaciones claras y precisas en los libros del Registro; *el principio de calificación registral*, con arreglo al cual se impide la entrada al Registro no sólo de los actos nulos, sino de los que crean derechos oscuros e imprecisos; *la norma de redacción* de los asientos con arreglo a modelos oficiales (pero sólo en la medida de lo posible, conforme al art. 374 del Reglamento Hipotecario); en fin, ciertas normas sobre inserción literal de algunas cláusulas de las escrituras (por ejemplo, la regla 6.ª del art. 51 del Reglamento Hipotecario). Parece como si todo esto excluyera la teoría de la interpretación de las inscripciones. Pero no es así, pues a pesar de todas esas defensas, en ocasiones entran en el Registro situaciones de doble sentido, ya que al ser el nuestro un sistema de «inscripción» (no de «transcripción íntegra»

sentencia no constituye «jurisprudencia», «no resuelve un recurso de casación, sino que es la segunda sentencia dictada a continuación de la de casación». En la sentencia de 17 de mayo de 1957 (Aranzadi, pág. 1437, año 1957) se lee lo siguiente: «Prescindiendo de la segunda sentencia que motivó la primera casando la de instancia, que no puede sentar jurisprudencia y que además resuelve un caso especialísimo». Lo que no se nos dice es por qué no puede «sentar jurisprudencia» la segunda sentencia. Nosotros creemos que ello se debe a la específica naturaleza del recurso de casación. Se trata de esto precisamente: de un recurso rescindente o de casación, no de una tercera instancia, y por ello, parece lógico que la segunda sentencia dictada bajo el pie forzado de las pruebas y declaraciones recogidas en el pleito no tenga la virtud de poder sentar jurisprudencia, máxime si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos no se trata de una nueva sentencia, sino de la aceptación del punto de vista del Juzgado de Primera Instancia, aunque en algunos casos, como ocurre ahora, se trata de una sentencia nueva y autónoma.

(2) Esto es lo que dicen dichos autores: «Interpretación. Aun cuando la inscripción no sea una declaración de voluntad ni de ciencia, sin embargo, encierra un contenido negocial que debe ser interpretado. La materia interpretable, en este caso, es el negocio traslativo, declarativo, etcétera, extractado por el Registrador: no, ciertamente, la actividad—en sí misma—del Registrador o la instancia del que pidió la inscripción.

Ahora bien, la interpretación no versa sobre el contenido negocial en cuanto acuerdo entre unas partes contratantes, sino en cuanto manifestación al público según hemos dicho, como si se tratara de un edicto. Por eso, cuando el derecho inscrito entre en colisión con la esfera jurídica de terceras personas, habrá de atender no ya, como cuando se interpretaba el negocio en cuanto tal, a la común intención de los contratantes o a la voluntad del que hizo la declaración unilateral, sino exclusivamente a las circunstancias visibles a los que no participaron en el acto o contrato, pero cuyos derechos vienen afectados por la inscripción» (pág. 126, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, recogiendo exactamente lo que ya decía LACRUZ en sus *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, publicadas en 1955).

del título), la práctica del asiento exige cierta depuración de cláusulas, que por cualquier anomalía o descuido puede dar lugar a la alteración del sentido originario del título. En estos casos cobra autonomía la teoría de la interpretación de las inscripciones a lo largo del tiempo y la convivencia de asientos procedentes de una legislación ya derogada y de otros practicados con arreglo a la legislación vigente, se comprenderá que no se puede aplicar en muchos casos el Derecho Hipotecario sin contar con una teoría de interpretación de las inscripciones (3).

Como cuestiones de esa teoría podrían recogerse el estudio de los procedimientos y órganos competentes para interpretar las inscripciones (4) y de las normas concretas de interpretación según los casos (5).

En el presente supuesto se trataba de decidir si una determinada piscifactoría, que figuraba inscrita en el mismo folio registral que la finca en que se ubicaba (aunque en inscripción posterior a la del terreno y con indicación de distintos titulares del vuelo industrial), pertenecía, en cuanto al suelo, a los dueños indicados en la inscripción del terreno, y en cuanto al vuelo, a los indicados en la inscripción específica de la piscifactoría, o si pertenecía sólo a estos últimos, en cuanto a la totalidad de suelo y vuelo. Existe, por tanto, cierta imprecisión: por un lado,

(3) Incluso si se implantara el sistema de mecanización que proponen mis compañeros IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA y FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS, se plantearían probablemente numerosos problemas de interpretación de las inscripciones al practicar el asiento condensador que habría de sustituir a todos los anteriores si se solicitara el traslado por los interesados. (Ver pág. 20, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 494: "La mecanización del Registro")

(4) La interpretación de las inscripciones hace su aparición en muchas clases de procedimientos. Por un lado, en el procedimiento registral, el órgano competente para interpretar la inscripción anterior a la que se va a practicar es el propio Registrador, pues entra de lleno en el ámbito de la función calificadora, y a él corresponde examinar los obstáculos que surjan del Registro (arts. 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento), la identidad de la finca, etc. Pero, por otro lado, la interpretación de las inscripciones se da también en otros procedimientos. Y dentro de éstos cabe distinguir procedimientos previos al procedimiento registral y procedimientos independientes del procedimiento registral. En los procedimientos previos (a los que cabe equiparar la formalización notarial de los contratos) la interpretación la realiza otro funcionario, pero luego el Registrador, cuando llegue el momento de la inscripción, calificará dicha interpretación e incluso podrá sustituirla por otra como resultado de su calificación. En los procedimientos que en principio son independientes del procedimiento registral, por ejemplo, en los procesos contenciosos, la interpretación de las inscripciones corresponde al órgano decisor (por ejemplo, en un juicio, es el Juez el órgano interpretador). Ahora bien, también en estos procedimientos hace su aparición el Registrador, pues la interpretación que va a realizar el organismo judicial se realiza normalmente a través de la certificación registral de la inscripción y puede ocurrir que, al expedir la certificación, el Registrador se plantee previamente el problema de interpretación del asiento para poderlo recoger en aquella con la debida claridad. No obstante en estos casos, como lo que se ventila es el problema de la interpretación de la inscripción en un pleito promovido por particulares ante el Juez, y lo que interesa es interpretar directamente el asiento, aunque el Registrador tiene facultades para interpretar el asiento (pues la facultad de certificar debe llevar consigo en todo caso la facultad de interpretar), lo prudente por parte de este funcionario, en casos de duda, será recoger literalmente la inscripción (y éste es el principio que inspira el artículo 348 del Reglamento Hipotecario en un caso especial) sin perjuicio de poder hacer constar su interpretación. De todos modos, lo normal en estos casos de interpretación discutida en pleito será que los propios interesados soliciten certificación LITERAL de la inscripción, y entonces no se plantea ya el problema de esa interpretación registral previa a la judicial.

(5) Por ejemplo, he aquí una serie de cuestiones concretas que podrían estudiarse dentro de la "Teoría de la Interpretación de las inscripciones" en qué casos cabe la interpretación sistemática de un conjunto de inscripciones (así, en las inscripciones de una misma finca, en las inscripciones de modificación de entidades hipotecarias en relación con las de la finca matriz, o también a propósito de la busca e identificación de fincas) y en qué casos no cabe tal interpretación sistemática (ejemplo: a efectos del principio de legitimación dado lo dispuesto en el art. 38 de la Ley Hipotecaria que alude al "asiento respectivo", a efectos del principio de fe pública, según opinión dominante así, art. 13 de la Ley Hipotecaria) la posibilidad de aplicar el principio del artículo 1.234 del Código civil en el sentido de interpretar las inscripciones en la forma más adecuada para que produzcan efecto y el límite existente, en caso de inscripción oscura, entre nulidad e interpretación: cómo interpretar las sucesivas inscripciones de cuotas indivisas si en cada inscripción se señala distinta superficie y linderos diferentes de la misma finca, en fin, cómo interpretar una frase de la inscripción que se aparta de la prevista legalmente (ejemplo: si en lugar de emplear la expresión del artículo 207 de la Ley Hipotecaria en inscripciones de inmatriculación—"sin efectos respecto a terceros —se dice por error: "sin perjuicio de tercero") Y etc. etc.

se describe una parte de la finca registral con alguna individualización, pero sin haberse producido segregación ni, por consiguiente, apertura de nuevo folio registral, y, por otro lado, también había imprecisión en cuanto a la titularidad de la finca general.

El Juzgado de Primera Instancia interpretó que se trataba de una finca independiente y por ello pertenecía exclusivamente (suelo y vuelo) a los titulares del establecimiento pesquero, prescindiendo de los titulares del suelo de la finca matriz. La Sala de lo Civil de la Audiencia, por un lado, parece que interpretó que la inscripción era de contenido contradictorio de la pretensión recogida en la reconvención (que consistía en la petición de declaración de propiedad excluyente a favor de los titulares del vuelo industrial); pero luego, en el pronunciamiento, al destacar el reparto del precio que había de obtenerse en la subasta, no alude a los titulares registrales del suelo. Es decir, como ya hemos indicado, la Audiencia hizo aplicación del aspecto procesal del principio de legitimación (al rechazar la reconvención), pero no lo coordinó con el aspecto sustantivo (al no incluir expresamente entre los beneficiarios del reparto del precio a todos los titulares registrales).

El Tribunal Supremo, en el tercer «considerando» de la segunda sentencia (el último de los que hemos transcrito), declara que «dichas inscripciones han de quedar incólumes mientras no se cancelen por mandato judicial o por acuerdo de las partes interesadas y, por tanto, es obligado proclamar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, la propiedad del terreno controvertido a favor de los titulares de la finca matriz». Pero esta declaración se formula después de realizada una labor de interpretación de la inscripción en los dos «considerandos» precedentes, llegando a la conclusión de que los titulares del suelo de la finca general tenían también la titularidad registral del suelo en que estaba ubicada la piscifactoría. Para llegar a esta interpretación de la inscripción, la segunda sentencia utiliza dos clases de argumentos: 1.º Argumento de mecánica registral (necesidad de apertura de nuevo folio para cada finca independiente): aunque la inscripción aludía únicamente al establecimiento pesquero, lo cierto es que dicha inscripción estaba incluida en el folio registral de la finca total, es decir, no se había producido segregación de la piscifactoría ni apertura de nuevo folio para ella como finca independiente. 2.º Argumento de fondo (contenido de la inscripción): en la inscripción se contiene la siguiente frase: «Sin perjuicio de tercero y sin que esta inscripción pueda perjudicar los derechos de los conductores de la finca principal.» Esta frase es decisiva, pues demuestra que a pesar de existir la inscripción en concreto del establecimiento (y aun en el caso de que se hubiera producido apertura de folio independiente), los titulares de la finca principal no podían quedar excluidos del dominio del suelo de la piscifactoría ni del reparto del precio que se habría de obtener en la subasta de la misma (6).

Quede, pues, esta segunda sentencia como una muestra de la importancia que tiene la teoría de la interpretación de las inscripciones en Derecho Hipotecario, sobre todo en relación con el principio de legitimación, que es el que aplica en este caso dicha sentencia.

(6) Nos extraña mucho esta frase de la inscripción, que desde luego no está prevista en la legislación vigente. Nos aventuramos a intuir que quizá en la fecha en que se practicó la inscripción (que es muy antigua) se entendía que podía practicarse una inscripción de una parte de la finca matriz sin intervenir todos sus titulares, dejando a salvo el derecho de los que no intervinieron en la operación correspondiente y sin perjuicio de tercero, considerando como tal «tercero» al del artículo 405 del Código civil. Pero no tenemos ningún argumento para sentar esta opinión, por lo que dejamos en el aire la razón de esa frase tan peculiar en una inscripción registral.

ENFITEUSIS Y ESTABLECIMIENTO A PRIMERAS CEPAS. INTERPRETACION DE CONTRATOS. DOBLE INMATRICULACION (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Don Joaquín B. S. tenía inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad la tercera parte indivisa de una finca de la que eran copartícipes otros titulares, que aquí no interesan, estando inmatriculada bajo el número registral 128 y figurando en el mismo folio un derecho a favor de don José Idrach con la denominación de *rabassa morta*. El titular de este derecho lo donó a su hija, y en lugar de inscribirse esta donación en el mismo folio de la finca número 128, se produjo la apertura de un nuevo número registral, el de la finca número 218, con motivo de la inscripción primera de esa titularidad real limitada adquirida por donación. Posteriormente se produjeron varias transmisiones de esta última finca registral 218, motivando al final inscripciones de dominio y varias segregaciones.

Don Joaquín B. S., ejercitando acciones reales y personales derivadas del dominio, demanda a los últimos adquirentes del dominio de la finca número 218 y a los adquirentes de parcelas segregadas, que estaban realizando una urbanización, y alega ser idénticas las fincas registrales números 128 y 218, por lo cual se ha producido doble inmatriculación, solicitando la nulidad de escrituras e inscripciones de dominio practicadas a favor de los demandados, pues tuvieron como base un derecho real limitado consistente en un establecimiento a primeras cepas o *rabassa morta*, que en la época de la adquisición dominical de los mismos se había extinguido por terminación del plazo de duración de cincuenta años y, por tanto, se debían cancelar dichas inscripciones y decretarse el lanzamiento de los demandados de la finca del actor.

Los demandados contestan alegando su buena fe y no aceptando la existencia de doble inmatriculación.

El Juzgado de Primera Instancia número 23 de los de Barcelona desestima totalmente la demanda, interpretando que el derecho que motivó la inscripción primera de la finca número 218 consistía en una enfiteusis y no en un establecimiento a primeras cepas. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

El actor interpone recurso de casación por infracción de ley por violación del artículo 1.656 del Código civil, pues el contrato existente entre los primitivos causantes de las partes era una *rabassa morta* o establecimiento a primeras cepas, como se desprende de la denominación empleada en el contrato y del contenido del mismo, que consistía en la cesión de una pieza de tierra para plantación de viñas; por aplicación indebida del artículo 1.605 del Código civil, por no tratarse de una enfiteusis; por violación del artículo 313 del Reglamento Hipotecario en relación con el 377 del mismo, ya que existía doble inmatriculación no apreciada por las sentencias de instancia, y por aplicación indebida del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues no cabe su aplicación en supuestos de doble inmatriculación, según doctrina mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Tomás Agayar y Ayllón, declara no haber lugar al recurso:

«Considerando que si el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial llegan en sus sentencias a la conclusión de que la escritura pública de 3 de diciembre de 1944 contiene la constitución de un censo enfiteútico y no un establecimiento a primeras cepas o a *rabassa morta*,

es a través de la interpretación del total contenido de dicha escritura y de los pactos que la integran, mediante al aplicación de las normas de hermenéutica contractual incorporada a los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, invocados expresamente en el 'considerando' sexto de la sentencia recurrida, teniendo especialmente en cuenta la recogida en el párrafo segundo del citado artículo, pues ambos juzgadores de instancia entienden que no obstante el término de *rabassa morta* empleado en el aludido instrumento público y de la estipulación de algunos pactos propios del establecimiento a primeras cepas, en él se dio vida a una verdadera enfiteusis.»

«Considerando que el motivo tercero, en el que se alega haberse infringido por violación o inaplicación el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, tampoco merece ser acogido, en primer término, porque la vulneración de un precepto reglamentario no puede servir de base a un recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal, según tiene declarado esta Sala, y, en segundo lugar, porque aun en la hipótesis de haberse incurrido en alguna informalidad registral, aquí no se da el supuesto de doble inmatriculación previsto en la disposición mencionada, ya que, como afirma el juzgador de instancia, bien claramente aparecen dos series de inscripciones llevadas a cabo respecto a distintas fincas o derechos, pues la primera, o sea, la de la finca número 128, se refiere al dominio directo del fundo y da lugar a nueve asientos, mientras que la segunda serie, relativa a la número 218, se contrae al dominio útil y da lugar también a varios asientos, que no son contradictorios o incompatibles con los primeros; desestimación del motivo tercero, que acarrea indefectivamente la del cuarto y último...»

COMENTARIO.—La cuestión decisiva del presente caso es de interpretación de contratos: se trata de decidir si la titularidad que abrió folio registral respecto a la finca número 218, actualmente de los demandados, fue una titularidad de enfiteusis (dominio útil) o, por el contrario, si consistía en una titularidad derivada de un establecimiento a primeras cepas. Cuestión resuelta por los diferentes juzgadores en pro de la enfiteusis, y esta interpretación no es casada por el Tribunal Supremo, pues al no haber sido atacada en el recurso por la vía adecuada (denuncia de la infracción de las reglas relativas a la interpretación) tenía que prevalecer, al no demostrar tampoco el recurrente que fuera absurda, ilógica o inverosímil (considerando segundo de la sentencia).

Esta solución hace decaer totalmente las peticiones de la demanda, en la que se partía de la existencia de una titularidad dominical plena del demandante, que por ello solicitaba la declaración de extinción del derecho de duración temporal, consistente en el derivado de un establecimiento a primeras cepas. Como este contrato fue calificado como enfiteusis, de duración indefinida, a diferencia de aquél, no cabía aceptar ya la demanda ni siquiera parcialmente, pues si se hubiera estimado al actor como titular, al menos, del dominio directo en la enfiteusis, aunque se hubiera producido una congruencia en sentido vulgar (pues si se interpreta que hay enfiteusis—como hacen los diferentes juzgadores—lógico es reconocer también un dominio directo), sin embargo, no habría existido congruencia en sentido procesal, ya que se habría concedido algo distinto de lo que el actor pedía: éste venía a solicitar la declaración del pleno dominio con lanzamiento de los poseedores; por ello, el Tribunal no podía concederle la declaración de dominio directo, aunque reconoció la existencia de enfiteusis a favor de los demandados, ya que el actor no pedía tal declaración de dominio directo. Por tanto, es acertada la desestimación total de la demanda en este caso, sin perjuicio, en mi opinión, de que el actor pueda entablar una nueva acción distinta de la declarativa del pleno dominio, cuyo objeto sea obtener la declaración

del dominio directo, respetando el dominio útil de los demandados, por tratarse de cosa juzgada. Creo que se trataría de una acción distinta y, por tanto, no cabría oponer frente a ella la excepción de cosa juzgada.

Por lo dicho, también es acertada la desestimación del recurso, ya que tal como estaba planteado, el Tribunal Supremo no podía entrar de nuevo a interpretar el contrato discutido. Nosotros tampoco podemos decidir si fue o no correcta la interpretación de los juzgadores de instancia y si el contrato fue verdaderamente enfiteusis o establecimiento o establecimiento a primeras cepas, pues no se nos ofrece su contenido. Lo que sí puede quedar como enseñanza del supuesto de hecho es que la interpretación ha de hacerse teniendo en cuenta el contenido del contrato, no la denominación del mismo, ya que en el presente caso fue denominado expresamente *rabassa morta* y, sin embargo, la interpretación que prevaleció hemos dicho que no fue la de configurarlo como tal *rabassa morta*, sino como enfiteusis.

También queremos hacer un comentario del tercer «considerando» de la sentencia, aunque no constituye la *ratio decidendi* del fallo, pues ésta consiste en la razón ya apuntada más arriba.

En el tercer «considerando», el Tribunal Supremo declara que no existe doble inmatriculación en el presente caso.

En primer lugar, hay que insistir en que tal declaración no constituye doctrina legal, pues aparte de no ser una declaración reiterada, se trata de una *obiter dictum*, ya que se hace por vía de hipótesis, no como razón directa y esencial de la desestimación del recurso.

Pero a efectos meramente doctrinales puede tener cierto interés examinar ese *obiter dictum*. La idea del mismo es perfectamente lógica si se parte de las premisas suministradas por el juzgador de instancia, ya que si se dice que en uno de los folios constan inscripciones de dominio directo y en el otro folio constan inscripciones de dominio útil, es evidente que no hay doble inmatriculación de titularidades contradictorias. Hay, eso sí, «doble inmatriculación en sentido meramente formal», ya que se han abierto dos números a una sola finca a través de una irregularidad registral que hoy se denuncia por el artículo 377 del Reglamento Hipotecario, que exige extender las inscripciones de dominio directo y de dominio útil en un mismo folio registral. Pero lo cierto es que esta doble inmatriculación «meramente formal» no es la que prevé el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, y en este sentido puede aceptarse la declaración del Tribunal Supremo de que no se trata de la «doble inmatriculación prevista en la disposición mencionada».

Ahora bien, lo que nos extraña un tanto, a la vista de los «resultandos» de la sentencia, es esa premisa de la que se parte: que había compatibilidad entre las inscripciones de uno y otro folio, por tratarse de inscripciones de dominio directo y útil, respectivamente. Porque de los «resultandos» de la sentencia lo que se desprende es que el actor pide la nulidad de las inscripciones de dominio que ostentaban los demandados por derivarse de quien sólo tenía una titularidad limitada; se desprende también que los demandados parten de la idea de que han adquirido el pleno dominio de la finca y de las parcelas segregadas, ya que desconocen la existencia del dominio directo (por su buena fe, que señalan) y tienen el propósito de urbanizar las parcelas, y mal se puede llevar esto a cabo teniendo inscrito solamente el dominio útil. Da la sensación, sin que podamos confirmar esta apreciación, como si lo que se hubiera producido en el presente supuesto es una «doble inmatriculación sobrevenida», si se nos permite llamarla así (7), ya que si bien

(7) Creemos de interés esta idea de la "doble inmatriculación sobrevenida", contraponiéndola a la "doble inmatriculación originaria", pues aparte de servir en el aspecto teórico para explicar algunos casos extraños de doble inmatriculación ya sea el imaginado en el comentario (dominio útil que en sucesivas inscripciones se transforma por error en dominio pleno) u otros casos

originariamente (cuando se produjo la apertura del folio registral más moderno) eran perfectamente compatibles las inscripciones de uno y otro folio, en un momento posterior, al producirse las últimas inscripciones y sucesivas segregaciones del folio que contenía el dominio útil, parece que se produjo la transformación de la titularidad limitada, que abrió folio en una titularidad dominical plena, y si esto fuera así resultaría evidente la existencia de doble inmatriculación en sentido material (no meramente formal), al menos parcialmente, pues se produciría colisión entre la titularidad que figuraba en el folio de la finca 128 (dominio directo) y la titularidad sobrevenida, que figuraba en el folio de la finca 218 (dominio pleno por transformación errónea del dominio útil). Naturalmente, ésta es una visión particular e hipotética del supuesto de hecho guiándonos de ciertos indicios de los «resultandos». Pero como los juzgadores de instancia tuvieron a la vista el contenido de todas las inscripciones, aunque nos cause extrañeza (por la forma de exponerse el caso), no tenemos más remedio que aceptar la visión del supuesto de hecho que nos ofrece el Tribunal sentenciador, aun a costa de no ser muy concorde con lo que parece desprenderse de los «resultandos».

En cualquier caso, y con esto terminamos, el juzgador de instancia tuvo que llevar a cabo una interpretación de las inscripciones de los respectivos folios para decidir si eran o no contradictorias, y ello revela, una vez más, que no se puede olvidar en Derecho Hipotecario la teoría de la interpretación de las inscripciones (8).

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: Valor tipo de la subasta. Artículo 130 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—El Banco de Crédito Industrial ejecutó la hipoteca que una Compañía Mercantil constituyó a su favor con cláusula de extensión a la maquinaria que pudiera ser incorporada en el futuro a la finca hipotecada, utilizando el procedimiento judicial sumario, que fue admitido en base al título ejecutivo de hipoteca y a unas actas notariales acreditativas de la incorporación a la finca de maquinaria importante. Como la citada Compañía Mercantil fue declarada en quiebra y tenía numerosos acreedores, uno de ellos, el vendedor de la citada maquinaria a la Compañía, que no había cobrado todavía el precio de venta, interpone demanda contra el Banco y contra la Compañía, alegando que se reservó el dominio de la maquinaria, que el título ejecutivo de la hipoteca era nulo por haberse extralimitado el apoderado en la cláusula de extensión objetiva de la hipoteca respecto a las facultades que había concedido el Banco poderdante, y, sobre todo, que el procedimiento judicial sumario adolecía de vicio de nulidad, por haber sido admitido como tipo para la subasta el señalado en la escritura de constitución de hipoteca, a pesar de que no cubría las futuras incorporaciones de maquinaria, actualmente acreditadas por acta notarial.

(ejemplo: en el folio de una finca se hace constar, con motivo de una inscripción segunda, una descripción distinta de la que figuraba en la inscripción primera, y con ello queda desfigurada la finca registral e identificada con otra finca anteriormente inmatriculada en otro folio), ayuda también a separar el distinto tratamiento jurídico que merecen estos casos de doble inmatriculación "sobrevenida", ya que en el fondo de ellos se produce siempre una irregularidad de tracto sucesivo, que puede dar lugar a la nulidad de la inscripción por falta de tracto (lo cual resulta directamente del folio de la finca en cuestión), y entonces, en muchos casos, quizá no sería necesario acudir a las normas de Derecho Civil puro para resolver el problema de doble inmatriculación, ni excluir siempre la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto al titular de la inscripción regularmente extendida, pues entonces se enfrentan dos inscripciones de distinto valor: una, con defecto de tracto sucesivo, y la otra, correctamente practicada.

(8) Sobre esta cuestión de interpretación de las inscripciones, ver unas ideas en el comentario de la sentencia precedente de 3 de mayo de 1972.

El Juzgado de Primera Instancia número dieciocho de Madrid desestimó la demanda entendiendo que la hipoteca comprendía la maquinaria que ulteriormente se incorporara a la finca, y a ella también se refería el tipo de subasta señalado en la escritura, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandante interpone recurso de casación alegando infracción por violación por inaplicación del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, dado que se incumplió en el procedimiento judicial sumario el requisito del párrafo primero de dicho artículo, «no porque en la escritura de constitución de hipoteca no se hubiese pactado un precio tipo para la subasta, sino porque el título utilizado por el Banco de Crédito Industrial no consistió sólo en la escritura constitutiva de la hipoteca, sino también, inseparablemente unidas a ella, en varias actas notariales de incorporación de la maquinaria a la industria y finca gravadas, para dejarlas también afectadas por la hipoteca, de tal manera que dupliquen el valor de lo gravado, no respondiendo dicho tipo al verdadero valor de los bienes gravados.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso:

Considerando (segundo): Que no puede prevalecer el motivo mencionado, porque omite razonar la infracción en él aducida, como lo evidencia la argumentación utilizada, mediante la cual, atribuye al Tribunal de Instancia el haber *interpretado equivocadamente*, tanto el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, como la cláusula de extensión de la hipoteca, que no es la duodécima como expresan los recurrentes, sino la décimotercera—folio 248 vuelto de los Autos—, pero es que, además, por lo que se refiere a la infracción por interpretación equivocada, ha de tenerse en cuenta que para combatir la función interpretativa, facultad privativa de los juzgadores de instancia, ha de utilizarse el cauce procesal del número séptimo del artículo 1.692 ya citado, en lo concerniente a la impugnación de los elementos o circunstancias reveladoras de la voluntad declarada, no utilizado en el recurso, o acreditar la equivocación del Juzgador, al determinar el sentido y alcance de los hechos, no atribuyéndoseles las pertinentes consecuencias jurídicas, conforme a las normas legales aplicables que han de ser citadas como infringidas, con expresión del concepto de la infracción, lo que no ha sido efectuado y, por lo que respecta a la violación por inaplicación del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, es evidente fue tenido en cuenta, ya que la desestimación de la petición de nulidad de la escritura de hipoteca fue basada, entre otros razonamientos, en que en ella «se autorizaba que el gravamen se hiciera extensivo a los bienes de equipo que se adquirieron en el «Plan de Inversión Auxiliada», lo que está relacionado con la cuestión del precio señalado en dicha escritura, como tipo para la subasta—Considerando tercero de la sentencia del Juzgado, aceptado por la Sala—, y también es indudable que las partes recurrentes reconocen que en la escritura «se cumplió el requisito indispensable, según el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, para poder ejecutar la hipoteca, mediante el procedimiento judicial sumario de fijar un precio que sirviese de tipo para la subasta»—confestación a la demanda, al folio 187 de los autos y escrito de formalización del recurso, folio 46 vuelto—discrepando del criterio judicial en lo concerniente a la cuantía del mismo y a la interpretación de la cláusula de extensión de la hipoteca, así pues, cuando se aplica una norma jurídica, aunque sea indebidamente, no se puede originar violación, por inaplicación de ella.»

«Considerando (tercero): Que además de lo razonado anteriormente, no ofrece duda de que, de conformidad con los antecedentes primero y segundo de la escritura mencionada, el préstamo fue solicitado y concedido al amparo de lo prevenido en el apartado A) del artículo segundo del

Decreto-Ley de 19 de julio de 1962, para que fuera invertido en las atenciones del proyecto que el prestatario estaba llevando a cabo, en orden a la ampliación y modernización de su industria de hilaturas, detallado en el Antecedente segundo, lo cual, en relación con la estipulación décimotercera de la escritura, robustece el criterio del Tribunal de Instancia en lo concerniente a la extensión de la hipoteca a los bienes de equipo que se adquirieran.»

Comentario.—Uno de los dos requisitos imprescindibles para que pueda seguirse el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca, según el párrafo 1.º del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, es «que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta».

A propósito de este requisito se plantea el presente recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima por defectos procesales fundamentalmente, ya que no se utilizó la vía adecuada para combatir la interpretación del Juzgador de Instancia. Ahora bien, en el tercer «Considerando», entrando en el fondo, parece adherirse en todo caso a la interpretación dada por el Tribunal de instancia relativa a la extensión de la hipoteca a la maquinaria. Pero el problema fundamental planteado en el recurso no es éste, sino (presupuesta ya la extensión de la hipoteca a la maquinaria) si puede entenderse cumplido el requisito del artículo 130 de la Ley Hipotecaria cuando el precio de la subasta se precisó en un momento en que no existían todavía las máquinas posteriormente incorporadas, iniciándose luego el procedimiento judicial sumario en base a la escritura de hipoteca y a unas actas notariales acreditativas de la incorporación de la maquinaria.

Nosotros, entrando en la interpretación del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, entendemos que la posterior incorporación de la maquinaria a la finca hipotecada, aun en el supuesto de que duplique su valor (como señala el recurrente en este caso), no repercute en el requisito de la fijación del tipo de subasta que se hizo en la escritura de constitución de hipoteca. Y es que al legislador no le interesan, en este aspecto, las futuras variaciones de valor de la finca hipotecada ni las futuras variaciones objetivas de la misma. Para demostrar esta idea creemos que es necesario distinguir en el estudio del requisito del precio-tipo de subasta tres cuestiones: la cuestión de la «realidad» u «objetividad» del precio, la cuestión de la «certidumbre» o «precisión» del precio y la cuestión de la fijación del tipo para la «totalidad» de la finca hipotecada. La solución de estas tres cuestiones arrojará luz sobre el caso ahora discutido.

Respecto a la primera cuestión («realidad» u «objetividad» del precio) si se demuestra que no es necesario que el precio-tipo fijado responda a una valoración objetiva o real de la finca hipotecada, se habrá dado un paso en pro de la idea de que las futuras incorporaciones no afectan a la fijación del precio realizada en la escritura de constitución de hipoteca ni a la posibilidad de utilización del procedimiento judicial sumario. Y efectivamente, nosotros creemos que no es necesario que el tipo de valoración fijado responda a un valor objetivo, pues se trata de la fijación de un simple valor convencional al solo objeto de que sirva de tipo mínimo de iniciación de la futura subasta. Nos basamos en los siguientes argumentos: 1.º Según los propios términos del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, se trata de un precio «para que sirva de tipo en la subasta»; ésta es la única finalidad prevista legalmente, y para ello no es necesario que se realice una tasación objetiva o real (9). Y aunque el propio artícu-

(9) En el mismo sentido se pronuncia ROCA SASRI: (pág. 1033, nota 2, tomo IV-2) La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1942, que cita el recurrente, tampoco exige que se fije un valor de tasación que se acomode a la realidad, pues, en primer lugar, no se refiere

lo 130 de la Ley alude en la frase anterior, al «precio en que los interesados TASEN la finca», no interesa la tasación en sí, pues a continuación viene esa oración final («para que sirva de tipo en la subasta») que demuestra que no se trata de una tasación «para conocer el verdadero valor objetivo de la finca» (a diferencia de la tasación que pudiera realizar un perito). Y esto se refuerza por la regla 9.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que concreta la función de la fijación del tipo al decir que «no se admitirá postura alguna que sea inferior a dicho tipo». Queda más claro, así, que lo que la ley exige es que se señale un «valor mínimo inicial de tasación». 2.º El propio artículo 130 se refiere a la «escritura de constitución de hipoteca» como documento en el que ha de constar el precio tipo de la subasta. Y en relación con esto, podrá discutirse si es admisible fijarlo posteriormente cuando en la escritura no se determinó (10) y si podrá modificarse el tipo fijado en la escritura por acuerdo de las partes (11); pero lo que ahora nos interesa destacar, a efectos de argumentación, es que resulta indiscutible que al legislador le ha bastado que el precio-tipo se fije en la escritura de constitución de hipoteca. Y, continuando la argumentación, si lo que interesara fuera la determinación del verdadero valor de la finca no se explicaría por qué la ley acepta esa fijación del precio en un momento tan pretérito para la subasta como podría ser el momento de nacimiento de la hipoteca. Y como *de iure conditio* no cabe interpretar que el legislador no razonó cuando estableció el requisito, hay que concluir que no le interesó el problema del valor objetivo o real de la finca hipotecada, pues configuró el valor de tasación fijado en la escritura como un simple tipo mínimo de iniciación de la subasta.

Por tanto, en el presente caso, desde este punto de vista, ha de entenderse que podrá utilizarse el procedimiento judicial sumario aunque las futuras incorporaciones de maquinaria hayan convertido en irrisorio el precio-tipo de subasta fijado en la escritura. Incluso «de iure condendo», a pesar de cierto inconvenientes del sistema legal vigente (12), creemos que debe mantenerse esta no exigencia de valoración objetiva o real, ya que la razón de ser del procedimiento judicial sumario consiste en dar soltura a la ejecución de hipoteca, que podría quedar en letra muerta si se pretendiera regularla con un procedimiento minucioso de valoración objetiva o pericial. Además, aun poniéndonos en el caso extremo de que la finca haya aumentado hasta cien veces de valor, la fijación del tipo ínfimo de subasta se equilibrará en seguida por la concurrencia de postores; y en último término, tanto el deudor, el acreedor o parientes del primero pueden intervenir en la subasta para ayudar a restablecer el equilibrio en esos casos extremos.

Respecto a la segunda cuestión («certidumbre y precisión del precio») nosotros creemos que es indispensable que exista precisión en la fijación del tipo de subasta en la escritura de constitución de hipoteca, pues en otro caso no podría utilizarse el procedimiento judicial sumario. Pero el estudio de esta cuestión hará ver que no se trata del mismo problema que plantea el recurrente, a pesar de que cita la resolución de la Dirección General de los Registros de 4 de diciembre de 1929. Esta resolución consideró que no estaba suficientemente precisado el tipo de una subasta

directamente al procedimiento judicial sumario sino que las declaraciones que hace sobre éste lo son a modo de *obiter dicta*, para compararlo con el procedimiento de ejecución ordinario, que es el que es objeto de decisión en segundo lugar, porque propiamente se refiere al requisito de la «precisión del precio», no al requisito de la valoración real; y en tercer lugar, porque no hace ninguna declaración sobre la exigencia de que ha de tratarse de un valor que se adapte a la realidad económica, ni se discute el problema en el caso. Por ello, no comprendemos por qué cita el recurrente esta sentencia en apoyo de su tesis.

(10) Ver ROCA SASTRE, que cita a GUASP (*ob. cit.*, pág. 1036). Ver también CAMY (pág. 362, volumen VI de sus *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*).

(11) Ver la opinión de ROCA SASTRE (pág. 1034, *ob. cit.*).

(12) Ver ROCA (pág. 1033, *ob. cit.*).

fijado en una escritura en la que se decía que el precio para la subasta sería el valor total de que respondieran las fincas «por virtud de las hipotecas que las gravan y el de la presente, por principal, intereses, costas y gastos». Por tanto, no se refiere al problema de necesidad de valoración real y objetiva de la finca, como cree el recurrente, sino que se refiere a la «certidumbre y precisión» del precio, requisito este último fundamental (a diferencia de aquél) para la aplicación del procedimiento judicial sumario, pues como dice la citada resolución, con que aquella fijación imprecisa «era imposible que se pudiese celebrar el remate sin que mediante la intervención judicial se determinase la cantidad que los licitadores debían consignar en metálico» y planteaba una serie de problemas sobre las hipotecas que gravaban las fincas y habían de servir para determinar el tipo de subasta (13). En cambio, la fijación de un valor inferior al objetivo o real de la finca es cuestión distinta, como acabamos de ver, y no dificulta la tramitación del procedimiento judicial sumario ni va contra ninguna norma legal.

Respecto a la tercera cuestión, o sea, el problema de si es necesario que el valor de tasación señalado en la escritura se refiera a la totalidad del objeto hipotecado, si se demuestra que no es necesario que dicho valor haga referencia a la totalidad del objeto hipotecado con sus futuras accesiones e incorporaciones, sino que basta que haga referencia a toda la finca tal como se describe en el momento de la constitución de la hipoteca, se llegará al convencimiento pleno de que las maquinarias que se incorporaron a la finca con posterioridad no tenían por qué ser valoradas expresa e individualizadamente para la aplicación del procedimiento judicial sumario. En relación con esta cuestión, que podríamos llamar «problema de la totalidad de la tasación», creemos que el requisito de la totalidad es necesario, pero siempre que se entienda que la totalidad valorada hace referencia al momento de la escritura de constitución de hipoteca. Decimos que es necesaria la valoración de la totalidad de la finca hipotecada en tal momento, porque el artículo 130 de la Ley se refiere a la «finca hipotecada» (a toda ella, no a una parte de la misma); por tanto, creemos que no podrá utilizarse el procedimiento judicial sumario si se valora a efectos de subasta sólo una parte de la finca descrita en la «Exposición» de la escritura (14). Pero añadimos que para apreciar la «totalidad» de la tasación hay que atender al momento de la escritura de constitución de hipoteca, pues el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, como hemos visto, prevé la fijación en dicha escritura, lo cual es tanto como excluir el momento futuro más o menos previsible y el estado físico que pueda tener posteriormente la finca. Porque si existe cláusula de extensión de la hipoteca a futuras incorporaciones, el efecto de esta extensión objetiva dará lugar a la inclusión de esos elementos incorporados dentro del

(13) Como dice la resolución en su "Considerando" último, "para obviar estas dificultades en la ejecución discutida, una vez publicados los edictos, y antes de dar comienzo a la subasta, el deudor y la representación de la acreedora hicieron constar que en el tipo oficial de subasta se hallaba incluido el importe de las dos primeras hipotecas que gravaban a cada una de las fincas y, por tanto, el tipo real para los efectos de consignaciones y pago era la diferencia entre el tipo de subasta del anuncio y el importe de las dos primeras hipotecas, procedimiento que ni se ajusta a los preceptos del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ni puede sancionarse como recurso equitativo en casos como el cuestionado, por su inoportunidad y falta de precisión, así como por dar ocasión a manejos y confabulaciones".

(14) Por ello, en los siguientes ejemplos no se cumple el requisito de fijación de tipo de subasta de la finca: cuando se valora sólo a efectos de subasta el edificio, habiéndose hipotecado una finca rústica que comprendía el citado edificio, o cuando se valora sólo el solar de un edificio en construcción, si en la "Exposición" de la escritura de hipoteca se describió como tal edificio en construcción, cuando se valora sólo una parte de la finca y no el conjunto de las fincas agrupadas objeto de hipoteca. Naturalmente, no es fácil que se produzcan estos errores en las escrituras, pues son elementales, pero sirven para que quede precisado el alcance del requisito de la "totalidad" de la tasación, con referencia exclusiva al momento de otorgarse la escritura de constitución de hipoteca.

tipo de subasta fijado en la escritura, produciéndose la totalidad de tasación a la hora de la subasta, por efecto natural de la cláusula de extensión objetiva de la hipoteca. Sólo en el caso de expresarse en la escritura de constitución de hipoteca que el valor de tasación no comprende las futuras incorporaciones a las que se extiende la hipoteca, podría decirse que se infringe el requisito de la «totalidad» de la tasación, al excluirse en forma expresa el efecto natural y lógico de la cláusula de extensión objetiva; y, por tanto, sólo en tal supuesto podría considerarse que no es aplicable el procedimiento judicial sumario. En cuanto al caso contrario consistente en no existir cláusula de extensión de la hipoteca y pertenecer las acciones al tercer poseedor en el caso del artículo 113 de la Ley Hipotecaria, plantea un problema distinto al que es objeto de la presente sentencia y la solución que se dé respecto al mismo no tiene por qué repercutir en la tesis defendida en el presente comentario (15).

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA. MALA FE DEL TERCERO: REQUISITOS. SU RELACION CON EL DEBER DE CONOCER EL DERECHO OBJETIVO. DOCUMENTOS AUTENTICOS A EFECTOS DE CASACION. CONTENIDO DE LAS LEYES DESAMORTIZADORAS. PRECARIO POR TIEMPO INDEFINIDO. DOBLE INMATRICULACION: PRIORIDAD (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—El Procurador don Juan Cobo de Guzmán, en representación de la compañía mercantil «Edificios y Obras Públicas, S. A.», formuló demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra el Ayuntamiento de Burgos, en la persona del Alcalde, y contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, alegando, en síntesis: Primero: La sociedad mercantil referida adquirió un solar o parcela de terreno en Burgos, en el término de El Marco, actualmente avenida del Norte, de 2.197 metros con 55 decímetros cuadrados aproximadamente, cuyos linderos detallaba. Procedía, por segregación, de la finca en la que radica el monasterio de San Bernardo, inscrita en el Registro de la Propiedad. La transmisión dominical de dicho solar se realizó mediante la venta que la comunidad de religiosas de MM. Bernardas, propietaria de la finca matriz, hizo a la sociedad demandante, con la oportuna licencia canónica, mediante escritura otorgada el 27 de mayo de 1964 ante el Notario don José María Mur; título por el que se pagó el impuesto correspondiente y fue presentado en la sección de arbitrios del Ayuntamiento de Burgos para la correspondiente liquidación de plusvalía, procediéndose ulteriormente a su inscripción en el Registro de la Propiedad sin objeción alguna. Segundo: La sociedad adquirente del solar conocía de antemano, por ser notorio en Burgos, que el Ayuntamiento había venido utilizando unos barracones existentes en la zona de radicación de dicho terreno, instalaciones que ocupaban la porción más occidental de la finca matriz, integrada por el repetido solar y otra parcela contigua de mayor extensión, llamada a servir de asentamiento a la proyectada avenida del Norte, y cuya propiedad se reservó la comunidad de MM. Bernardas. Atenta su mandante al logro de su propósito

(15) Ver la solución que da CAMY a este problema (pág. 136, vol. VI, *ob. cit.*)

de disponer con la máxima prontitud del expresado terreno edificable, con miras al cumplimiento del objeto social, obtuvo seguridades en cuanto a la inmediata liberación y entrega del repetido solar, que, según manifestación de la reverenda madre abadesa de la comunidad vendedora, quedaría desalojado en un plazo máximo de tres meses, puesto que el Ayuntamiento utilizaba toda la parcela en precario y mientras las monjas lo tolerasen, habiéndose ya gestionado la devolución del terreno, lo que según formal promesa del entonces Alcalde, don H. M. C., tendría lugar en el indicado término. Tratándose de un contrato bilateral y con el saludable propósito de estimular a las vendedoras a insistir en el apremiante rescate del solar adquirido, «Edificios y Obras Públicas, Sociedad Anónima», dejó condicionada su obligación relativa al pago del precio convenido, al previo cumplimiento de la primordial que incumbe a todo vendedor: la entrega de la cosa vendida. La comunidad de MM. Bernardas, haciendo honor a su compromiso, gestionó la efectividad de la devolución prometida sin conseguir otra cosa que evasivas y dilaciones, que hicieron transcurrir estérilmente más de un año desde la enajenación del solar; mientras tanto, su representada, lógicamente exasperada por tan considerable demora en la utilización de aquél, insistió una y otra vez acerca de las monjas para que adoptasen sin contemplaciones las oportunas medidas coactivas contra el perturbador dominical. Tercero: Mientras tanto, tras las rigurosas medidas restrictivas adoptadas por el Instituto Nacional de la Vivienda en materia de concesión de cupos de viviendas de renta limitada, se convocó para la selección de proyectos dignos de protección con cargo a un contingente global de viviendas de tal condición, señalado para el bienio 1965-66, y mi mandante, compelida por el compromiso contraído en la misma escritura de compraventa del solar litigioso (y a cuyo cumplimiento se hallan condicionadas las bonificaciones fiscales pertinentes), solicitó una concesión de 130 viviendas de renta limitada del grupo uno, que le fue felizmente aprobado bajo la condición de presentar el proyecto correspondiente antes de finalizar el mes de febrero de 1966. En defensa de la integridad de tan importantes beneficios obtenidos, «Edificios y Obras Públicas, S. A.», extremó su insistencia ante la comunidad vendedora del solar para obtener la liberación y entrega del mismo, lo que indujo a las MM. Bernardas a poner la cuestión en manos de su Letrado, quien tras reiteradas visitas y gestiones personales, culminadas con un acto de conciliación y una reclamación formal en vía administrativa, no logró otra cosa que la invocación por parte del Ayuntamiento de Burgos de una concesión estatal debida a una Real Orden de 26 de julio de 1880, contenido que no especificaba. Justamente alarmada su mandante por el giro que tomaban las cosas, investigó ante la Delegación de Hacienda sobre la realidad, contenido y alcance de la disposición invocada por la Corporación Municipal, sin que ni en los archivos generales del indicado Organismo ni en los específicos de la Sección del Patrimonio del Estado apareciese vestigio alguno no sólo de la supuesta Real Orden, sino de ningún derecho estatal sobre la parcela detentada por el Ayuntamiento que permitiese justificar una posible desmembración en favor de éste. No obstante, «Edificios y Obras Públicas, S. A.», se vio en la imperiosa necesidad de asumir la defensa directa de sus derechos dominicales e interpuso ante la expresada Corporación Municipal un escrito de reclamación, en la plena convicción de que surtiera el efecto apetecido o, en el peor de los casos, dejaría expedita la vía judicial contra el injusto detentador de su solar. El Ayuntamiento de Burgos, persistiendo en su irreductible actitud, adoptó acuerdo de fecha 17 de diciembre de 1965, en el que sin fundamentación jurídica alguna se contienen los siguientes pronunciamientos: Primero: Desestimar la reclamación formulada por «Edificios

y Obras Públicas, S. A.», mediante escrito presentado el día 18 de noviembre pasado, interesando la entrega de una parcela de 2.197,50 metros cuadrados que disfruta la Corporación Municipal, en atención a las razones y consideraciones que figuran en el dictamen emitido por los Letrados de la Corporación. Segundo: Que se solicite del Estado ceda gratuitamente al Ayuntamiento en pleno dominio de la parcela concedida a la Corporación por Real Orden de 26 de julio de 1880. Así las cosas, la sociedad actora, acuciada por la necesidad de disponer del solar de su propiedad, se dispuso a usar del rápido y expeditivo procedimiento sumario amparado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, pero hubo de desistir del indicado propósito, ya que de la información oficiosa obtenida en el Ayuntamiento sobre la motivación del acuerdo transcrito extrajo la noticia de una inscripción posesoria causada por la repetida Corporación Municipal sobre las edificaciones que utilizaba en la parcela de las MM. Bernardas. Tal circunstancia fue corroborada en el Registro de la Propiedad, donde ignoraban la existencia de la doble inmatriculación que dicha inscripción pudiera implicar, toda vez que esta última se refiere a una finca urbana sita en la calle de San Lesmes, mientras que la inscripción dominical del monasterio de San Bernardo figura como finca rústica y sita en el paraje de El Marco, sin que pueda presumirse identidad alguna entre el objeto de ambos asientos registrales. Huyendo de la dilatoria tramitación de un juicio declarativo, que comportaría la caducidad de los beneficios provisionalmente concedidos por el Instituto Nacional de la Vivienda, ante la imposibilidad de cumplir los rigurosos plazos de presentación de proyectos e iniciación de las obras, su representada optó por entablar diálogo con la Administración General del Estado, de la que decía traer causa el título invocado por la Corporación Municipal burgalesa, no sin antes agotar el trámite de reposición para que el Ayuntamiento acatase la resolución que había de recaer en el expediente estatal. De results de la investigación solicitada por «Edificios y Obras Públicas, S. A.», se decretó la instrucción del oportuno expediente, en cuya tramitación han concurrido tales irregularidades, que no obstante las claras y concluyentes normas procesales establecidas en la materia por la Ley del Patrimonio del Estado y el Reglamento dictado para su aplicación, dicho expediente, después de más de tres años transcurridos desde su incoación, aún no ha sido objeto de resolución. Es más, no se han tenido noticias de su estado de tramitación, a pesar de la expresa inquisición efectuada a tal efecto, mediante atento y respetuoso escrito, que por conducto oficial fue formulado ante la Dirección General del Patrimonio del Estado con fecha 23 de julio de 1968. Es de advertir que mientras tanto las MM. Bernardas han sostenido un pleito contra el Ayuntamiento en reivindicación de la porción no enajenada de la parcela indebidamente retenida por la expresada Corporación, en cuyo litigio recayó una sentencia plenamente estimatoria de la demanda formulada por la comunidad propietaria, si bien en trámite de apelación fue anulada dicha sentencia sobre la base de la apreciación de oficio de una excepción de «litis consorcio pasivo necesario» en favor del Estado. También aconteció lo que tanto temiera mi mandante. Redactado su proyecto de construcción y calificado éste provisionalmente por el Instituto Nacional de la Vivienda, transcurrió estérilmente el plazo concedido para la iniciación de las obras, que, resulta paradójico, fueron objeto de licencia municipal, lo que entrañó la automática caducidad de los beneficios tan laboriosamente obtenidos. Con miras a la redacción del meritado proyecto fue confeccionado un plano del solar litigioso, que se aportó a autos, toda vez que se ajusta a la configuración que hoy ofrece la zona de que se trata, una vez realizada la explanación primaria de la avenida del Norte, recientemente dedicada al General Yagüe. Y ya sin

esperanza alguna de lograr el reconocimiento y respeto de sus legítimos derechos, bien a través del famoso expediente de investigación, que resultó inconcluso, o por razón de analogía con la sentencia, en principio favorable, obtenida en la Primera Instancia del pleito promovido por las MM. Bernardas, su representada se ve compelida a impetrar el amparo judicial, tras el agotamiento del trámite previo relativo a una nueva reclamación en vía administrativa, que, por lo que hace al Ayuntamiento de Burgos, ha sido objeto de desestimación expresa, mientras que el Estado, persistiendo en su invencible mutismo, ha dado lugar a la operancia del silencio administrativo.

Suplico sentencia en la que se declarase: Primero: Que la sociedad demandante, «Edificios y Obras Públicas, S. A.», es dueña en pleno dominio del solar descrito, en virtud del contrato de compraventa reflejado en la escritura pública, que otorgada en su favor por la comunidad de religiosas cistercienses de San Bernardo, fue autorizada por el Notario don José María Mur. Segundo: Que dicha sociedad es titular registral del derecho dominical de referencia, en los términos que literalmente se reproducen en la certificación que figura como documento número 3 de los acompañados a la demanda, expedida por el Registrador de la Propiedad del Partido, y que el acto adquisitivo contemplado en el apartado anterior está adornado con todos y cada uno de los requisitos prevenidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, por ende, la sociedad actora debe ser mantenida en su adquisición aun en el hipotético supuesto de que se anulase o resolviese el derecho de la comunidad otorgante en virtud de causas que no constan en el Registro de la Propiedad. Tercero: Que es nulo y sin valor ni efecto alguno el título invocado por el Ayuntamiento de Burgos para detentar el solar litigioso, así como la inscripción registral causada por la expresada Corporación Municipal en cuanto contradiga o se oponga a la de dominio, correspondiente a la sociedad de «Edificios y Obras Públicas, S. A.», decretando, en su consecuencia, la cancelación de la referida en primer término mediante libramiento del oportuno mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad de este Partido. Cuarto: Que el Estado tampoco ostenta derecho alguno concurrente sobre el solar cuestionado, que pueda mermar o menoscabar en lo más mínimo el de dominio que privativamente corresponde a la sociedad. Quinto: Que se ponga en poder y posesión del solar litigioso a dicha sociedad, condenando al Ayuntamiento de Burgos y a la Administración General del Estado a estar y pasar por las precedentes declaraciones y abstenerse de realizar acto alguno de oposición al libre, quieto y pacífico ejercicio de las facultades dominicales que corresponden a la demandante sobre el solar reclamado, todo ello con expresa imposición de costas a dichos condenados.

El Abogado del Estado y el Ayuntamiento de Burgos contestaron y suplicaron se desestimase la demanda. Se siguieron los trámites correspondientes y, previa la petición oportuna, se acumularon estos autos a los que con el mismo fin tenía instados la comunidad de MM. Bernardas.

El Juzgado dictó sentencia con fecha 30 de noviembre de 1970, comprensiva del siguiente fallo: Que declarando haber lugar a la demanda presentada en nombre y representación de las MM. Bernardas, debo declarar y declaro: Primero: Que la comunidad actora es dueña en pleno dominio de los 2.850 metros cuadrados de terrenos reclamados, que son parte de la finca adquirida en el año 1588. Segundo: Que la misma es titular registral de los referidos terrenos en la forma descrita en la inscripción del Registro de la Propiedad. Tercero: Que es nulo el título que sirvió al Ayuntamiento para la inmatriculación posesoria y dominical y, por tanto, se decreta su cancelación en cuando se oponga al de dominio de la comunidad actora. Cuarto: La nulidad del título alegado por el

Estado en cuanto se oponga o contradiga al dominio inscrito por las actoras. Quinto: Que los terrenos reivindicados y los vendidos a «Edificios y Obras Públicas, S. A.», han sido poseídos por el Ayuntamiento en precario y, en su consecuencia, debo condenar a los demandados a que se abstengan de realizar actos que menoscaben el dominio de la comunidad actora sobre los mismos; a estar y pasar por dichas declaraciones, y al Ayuntamiento, a que devuelva a la parte actora los 2.850,08 metros cuadrados reclamados, dejándolos a la libre disposición de la misma, y en caso de no poder efectuarse dicha entrega por hallarse destinados a vía pública, el pago del precio de los mismos, cuyo importe deberá fijarse en ejecución de sentencia; asimismo debo declarar y declaro no haber lugar a la demanda presentada por don Juan Cobo de Guzmán, en nombre y representación de «Edificaciones y Obras Públicas, S. A.», y, en su consecuencia, debo absolver y absuelvo de la misma a los demandados, todo ello sin hacer expresa declaración en cuanto al pago de las costas causadas.

Interpuesto recurso de apelación por las representaciones de «Edificios y Obras Públicas, S. A.», Ayuntamiento de Burgos y el Estado, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia el 14 de julio de 1971, con la siguiente resolución: Fallamos que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Estado y el Ayuntamiento de Burgos y desestimando el deducido por la entidad mercantil «Edificios y Obras Públicas, S. A.», frente a la sentencia dictada, con fecha 30 de noviembre de 1970, por el Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Burgos, la dejamos sin efecto en lo necesario y absolvemos de la demanda a los demandados; mantenemos dicha sentencia en cuanto es desestimatoria de la demanda deducida por «Edificios y Obras Públicas, S. A.»; no hacemos expresa condena de las costas del juicio causadas en ambas instancias a ninguna de las partes.

Interpuesto recursos de casación por infracción de ley, de una parte, por la entidad mercantil «Edificios y Obras Públicas, S. A.», y de otra, por la comunidad de MM. Bernardas, de Burgos, el Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Cantos Guerrero, declaró haber lugar a los mismos y, en su consecuencia, casó y anuló la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos y dictó otra, en la que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Burgos, en cuanto a la totalidad de su pronunciamiento referente a la demanda presentada en nombre de las MM. Bernardas, y revocó dicha sentencia en cuanto a los pronunciamientos referentes a la demanda presentada en nombre de «Edificios y Obras Públicas, S. A.», los cuales pronunciamientos—dice la sentencia—«sustituimos por los siguientes: Primero: Que la sociedad 'Edificios y Obras Públicas, S. A.', es dueña en pleno dominio del solar de 2.197,50 metros cuadrados descrito en el hecho primero de la demanda en virtud de contrato válido de compraventa de 27 de mayo de 1964, cuyo importe debe ser abonado, si ya no lo ha sido, por dicha sociedad. Segundo: Que es válido el asiento registral inscrito a su nombre en el tomo 2.320, libro 338, folio 76, finca 1.996, y nula, en cambio, y sin valor alguno, por lo que debe ser cancelada, oficiando en dicho sentido el Registrador de Burgos, la inscripción registral causada por el Ayuntamiento de Burgos en cuanto se oponga a la anterior. Tercero: Que se ponga en poder y posesión de la sociedad reivindicante el solar litigioso por ella reivindicado; sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este juicio e insértese en la certificación mandada librar».

Los fundamentos de la primera sentencia son:

Considerando que en las dos demandas acumuladas bajo este pleito se ejercitan sendas acciones reivindicatorias, por una parte, de una par-

cela comprada a las MM. Bernardas de 2.197,50 metros cuadrados por la sociedad «Edificios y Obras Públicas, S. A.», parcela ubicada en la ciudad de Burgos, que había sido segregada de otra de mayor extensión, y de otra parte, se reivindica por la comunidad de MM. Bernardas, de Burgos, otra parcela de 2.850 metros cuadrados, resto de una totalidad de 5.047,50 metros cuadrados, que después de la segregación aludida se dice siguió perteneciendo a la comunidad reivindicante; pretensiones que han sido resueltas en sentido desestimatorio en ambas instancias las de la sociedad, y con criterio discrepante en cada una de ellas, las de la comunidad religiosa.

Considerando que fundada la desestimación en la sentencia de segundo grado de la pretensión de «Edificios y Obras Públicas, S. A.», en que si bien existió *traditio* de la porción vendida por las monjas a dicha sociedad, no obstante no haberse efectuado «la obligación material de entregar la cosa vendida», la parte compradora *debíó conocer* la inalienabilidad del bien a que se refería la compraventa, a virtud de las leyes desamortizadoras, ya que la ignorancia de la ley, «incluso de las desamortizadoras»—son palabras de la instancia—no excluye de su cumplimiento y ello le priva de título apto para ejercitar la acción, argumento contra el que se yerguen con todo fundamento los tres motivos del recurso de esta parte: el primero, por error de hecho, al amparo del número 7 del artículo 1.692, y los otros dos, por error de derecho, al amparo del número 1 del mismo artículo, invocando, respectivamente, la interpretación errónea del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 2 del Código civil, en el uno y en el otro; la violación del artículo 348, párrafo 2, del mismo cuerpo legal alusivo a la legitimación para ejercitar la acción reivindicatoria.

Considerando que afirmada en distintos pasajes de la sentencia de instancia la titularidad dominical de la comunidad religiosa en cuanto a los bienes que vendió a «Edificios y Obras Públicas, S. A.», por escritura de 27 de mayo de 1964, así como la inscripción de dicha venta en el Registro de la Propiedad, no hay base para estimar que se ha cometido el error de hecho que denuncia el motivo primero del recurso.

Considerando que en el motivo segundo se disiente del criterio de la instancia en cuanto a la trascendencia que al acto inscrito en el Registro da el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para el tercero que adquiere, conforme a la letra del asiento, con la sola exigencia de la buena fe; en el caso presente, la parte recurrente es tercero registral, que adquiere por escritura pública de 27 de julio de 1964 una finca, inscrita sin reservas de ninguna clase al folio 142 del libro 200, tomo 2.116, finca 13.491, e inscribe, a su vez, por segregación parcial, lo adquirido, que son 2.197,50 metros cuadrados, al tomo 2.320, libro 338, folio 76, finca 1.996, y como los asientos del Registro se reputan exactos en su contenido, aunque difieran de la realidad jurídica extrarregistral, queda sólo por ventilar, para proclamar no sólo la legitimación, sino la invulnerabilidad de su adquisición, si se trata de tercero de buena o de mala fe.

Considerando que la mala fe consiste en el conocimiento de la inexactitud registral, lo que supone, en primer lugar, que la inexactitud registral exista y, en segundo lugar, que afirme la sentencia que era plenamente conocida del tercero; en cuanto a la exactitud registral no trataremos en este momento para evitar repeticiones, ya que no es indispensable hacerlo porque, aunque el asiento registral fuera inexacto, la mala fe, de un lado, no se presume, según afirma copiosísima jurisprudencia de esta Sala, y de otra parte, como calificación jurídica de conductas y actividades, es cuestión de derecho deducible, incluso con distinto signo del que le da la instancia, de los factores de hecho que la misma instancia suministre (sentencias de 5 de febrero de 1962 y 24 de abril del mismo

año), y en el caso presente, lo que afirma la instancia no es el conocimiento por parte del tercero del supuesto desacuerdo entre la realidad registral y la extrarregistral, sino que alude al «deber de conocer» la legislación desamortizadora; conocimiento del derecho objetivo que aun dándolo por supuesto por el tercero, en nada le aclararía la situación, ya que el asiento del Registro no consigna sobre el particular la menor reserva, lo que lleva aparejado la estimación de este motivo del recurso, así como la del ordinal tercero, pues la legitimación es consecuencia indudable de su condición de comprador de buena fe, que adquiere de quien era titular por escritura pública y según el Registro (arts. 609 y 1.462 del Código civil) y que a su vez inscribe.

Considerando que el recurso planteado a nombre de la comunidad de MM. Bernardas, de Burgos, se dirige a combatir, en lo referente a los 2.850 metros cuadrados que le restan de sus propiedades en los aldeaños de su convento de Burgos, las afirmaciones de la instancia, a virtud de las cuales se les prive de título de propiedad sobre ellos, por invocación genérica e inconcreta de las leyes desamortizadoras, y la impugnación se formula por el doble cauce del error de hecho—motivos primero y segundo—, y por infracción de ley, los seis restantes.

Considerando que deben ser acogidos los dos primeros motivos del recurso, en los que, por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se trata y se consigue demostrar la falta de posesión por el Estado de los bienes en cuestión, hecho afirmado en la sentencia de instancia, y, por el contrario, la posesión constante por la comunidad de esos mismos bienes; con el *primer objeto* se invocan con acierto como documentos auténticos, en el primer motivo, entre otros: Primero: El contenido en el folio 263, que es una certificación negativa de la Dirección General del Patrimonio del Estado de 16 de enero de 1967, acreditativa de que la mencionada finca no estuvo jamás catalogada entre los bienes del Estado. Segundo: La certificación de la Delegación de Hacienda de Burgos (folio 321), de 25 de marzo de 1970, en la que se afirma, entre otras cosas: a) Que no existen antecedentes de transferencia alguna de láminas de Deuda Amortizable a favor de las MM. Bernardas, de Burgos, y que no existen antecedentes de que dichas fincas fueren vendidas a tercero en virtud de las leyes desamortizadoras. Tercero: La certificación del folio 249 de los autos, expedida el 20 de abril de 1970 por el canciller secretario del Arzobispado de Burgos, acreditativa de que no existen antecedentes de haber recibido el Arzobispado láminas intransferibles de la Deuda del Estado con motivo de la venta de bienes de la desamortización de las MM. Bernardas, de Burgos, y con igual acierto se invocan en el segundo motivo: Primero: La escritura pública de arriendo de dichos bienes el 29 de agosto de 1843, hecha mediante escritura pública, por el plazo de nueve años, en plena época desamortizadora, por dichas monjas a don Antonio Ibáñez y doña Tercera Barriocanal, inserta al folio 122. Segundo: Al folio 124, otra otorgada con el mismo objeto y entre las mismas partes con la prórroga del arrendamiento anterior, por otros nueve años, ante el Escribano Mayor de S. M., don Inocencio Moragas. Tercero: Una copia de la escritura pública de compraventa otorgada por la comunidad demandante a favor del Ayuntamiento de Burgos el 16 de diciembre de 1954, ante el Notario señor Martín de los Ríos, referente a una parcela de 5.767 metros cuadrados, que las monjas venden y el Ayuntamiento compra, de los terrenos primitivamente inscritos a su nombre; documentos auténticos con los que queda probado, en contra de lo afirmado en la sentencia, la posesión constante en concepto de dueñas de las MM. Bernardas, de Burgos, sobre los terrenos de donde proceden los reivindicados.

Considerando que a partir de las afirmaciones de hecho de la instancia, modificadas por la aceptación de los dos motivos precedentes, en el motivo tercero del recurso se propugna la reivindicación como consecuencia jurídica de aquellos hechos y tiene que ser acogido, porque de las leyes desamortizadoras, sin entrar en su análisis detallado, hay que decir que no supusieron la apropiación por el Estado, indiscriminada y sin indemnización, de todos los bienes del clero y de las órdenes religiosas; por el contrario, supuso la transferencia de la propiedad inmobiliaria a través de la adjudicación al Estado o a los particulares mediante la venta en pública subasta de dichos bienes, pero siempre con devolución de su valoración en títulos de la Deuda al 3 por 100; proceso desamortizador que fue regulado por infinidad de disposiciones, de convenios y concordatos entre la Santa Sede y el Estado, que se citan en el encabezamiento del motivo, tratándose en las últimas disposiciones aludidas, sobre todo en la Ley de 4 de abril de 1960, de acuerdo con el Concordato de 16 de marzo de 1851, de legalizar la devolución a sus propietarios, a los que se les reconoce plena capacidad para poseer de los bienes eclesiásticos, que aunque incluidos en las primitivas listas de bienes desamortizables y aun sacados a subasta, ni habían sido vendidos a terceros ni apropiados por el Estado, con la consiguiente entrega de láminas de la Deuda, en cuyo caso se encuentran, como queda dicho y con las consecuencias indicadas, los debatidos en este pleito.

Considerando que en idéntica línea de aplicación de los postulados de hecho modificados están los motivos cuarto y quinto del recurso que se analiza, alusivos a los argumentos expuestos por la instancia en sus tercero y cuarto considerandos, con repercusión en el fallo, de que en todo caso el Estado los habría adquirido por la posesión continuada por más de treinta años, los cuales merecen ser igualmente acogidos, pues la posesión que cuenta, a efectos de prescripción, es la posesión a título de dueño, y el Estado no ha poseído en tal concepto, según los documentos indubitados antes indicados y según el acuerdo entre las monjas y el Ayuntamiento de Burgos, firmados el 15 de febrero de 1893, cuya interpretación lógica y única posible a la luz de los preceptos interpretativos invocados, al amparo del número 1 del artículo 1.692 en el motivo cuarto, que son: el 1.281, el 1.282 y el 1.285 del Código civil, es la de que se trata de un contrato mediante el cual las propietarias, MM. Bernardas, ceden *en precario* al Ayuntamiento de Burgos, que lo acepta en tal concepto por tiempo indefinido, pero reservándose ellas el derecho de fijarlo, los terrenos discutidos.

Considerando que sin necesidad de entrar en el análisis de los motivos sexto y séptimo, innecesario después de acogidos los cinco primeros motivos, conviene referirse, para completar el cuadro revocatorio de la sentencia impugnada, al motivo octavo, amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aplicación de los artículos 38 y 35 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.473, párrafo 2, del Código civil, así como la doctrina de las sentencias que cita; en él se plantea para llegar con acierto, por lo que el motivo merece ser acogido, a consecuencias distintas de las que llega la instancia, el problema de la doble inmatriculación; en efecto, el Estado, que es quien se opone a la reivindicación, no ha tenido jamás inscritos a su nombre ni el dominio ni la posesión; ésta la inscribió el Ayuntamiento el año 1929, a virtud de certificación expedida por la propia Corporación, que si bien se convierte en de dominio en agosto de 1966, ello ocurre cuando desde 1958 está convertida en inscripción de dominio la meramente posesoria que practicaron las monjas en 1930, o sea, que al convertirse ambas incompatibles en inscripción de dominio, y no a favor del Estado, sino del Ayunta-

miento, entra en juego el principio de prioridad proclamado en el artículo 1.473 del Código civil.

La segunda sentencia se basa en las mismas consideraciones de la primera, es decir, en las que se acaban de transcribir.

COMENTARIO.—Son varios los temas de interés que se han debatido en el pleito contemplado por estas sentencias.

El primero, la mala o buena fe, como tercero hipotecario, de la sociedad «Edificios y Obras Públicas, S. A.», que compró una parcela a las MM. Bernardas e inscribió la adquisición.

La sentencia de la Audiencia estimó la carencia de buena fe en tal entidad compradora, porque debió conocer las leyes desamortizadoras que impedían la libre disposición por parte de las religiosas.

El Tribunal Supremo resuelve este curioso matiz del problema, apartándose de la solución dada por la Audiencia, con un criterio que pudiéramos denominar más registral: «...conocimiento del derecho objetivo, que aun dándolo por supuesto por el tercero en nada le aclararía la situación, ya que el asiento del Registro no consigna sobre el particular la menor reserva»; aparte de que, como queda explicado en otro considerando, no estimó aplicables al caso dichas normas desamortizadoras.

Ello nos lleva a recordar brevemente la cuestión de la buena fe del tercero en relación con las prohibiciones o limitaciones de disponer o con las causas invalidantes del derecho inscrito que no consten en el folio registral, que nazcan de la Ley.

En principio, la protección del Registro, como dice LACRUZ, no produce sus peculiares efectos ante ciertos derechos publicados de otra manera, como son los publicados por la Ley. Las limitaciones, las cargas públicas, ciertas prohibiciones de disponer o situaciones de la propiedad las publica la Ley y deben ser conocidas por todos. Es el Derecho objetivo (continuamos siguiendo a LACRUZ BERDEJO) quien informa de ellas, no el folio registral. Mas esta regla, aparentemente sencilla, resulta difícil de aplicar en la práctica. En muchos casos será difícil conocer si una norma afecta a un inmueble determinado, a una situación jurídica concreta. «Especial importancia ofrece hoy, en el aspecto registral, el Derecho urbanístico. Con él, los conceptos de «limitación legal de dominio» o de «configuración normal de la propiedad» se hacen más difusos, siendo difícil en ciertos supuestos de actuación de la Administración deslindar hasta dónde llegan las normas genéricas, dónde comienza la relación específica con un administrado concreto y cuándo esa relación incide en el Derecho privado o simplemente es inoponible *erga omnes*. En consecuencia, resulta igualmente difícil establecer una frontera precisa entre los actos de la Administración que deben inscribirse en el Registro para que tengan eficacia contra tercero y los que valen sin inscripción.

Roca también recoge que la buena fe puede fundarse en una ignorancia o error de Derecho, o sea, recaer sobre el valor jurídico del título del transferente; pero su apreciación dependerá de las circunstancias, atendiendo al carácter más o menos decisivo de los hechos, a las condiciones de las personas, a la mayor o menor notoriedad de la norma aplicable, etcétera. Claro está que contra lo dicho—añade Roca—podrán alegarse serias objeciones. Una de ellas es que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento (art. 2 del Código civil); pero a esto cabe oponer que en el caso examinado el tercero no pretende eludir el cumplimiento de la Ley, sino ampararse legalmente en su buena fe. El artículo 2 del Código civil se limita a disponer que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», pero esto no quiere decir que el error de Derecho impida la buena fe, pues se trata de cosas completamente distintas, como lo demuestra el propio Código civil al reconocer beligerancia al error de De-

recho en los artículos 69, 1.164, 1.895 y en otros más. Como afirma DE CASTRO (continuamos siguiendo a ROCA, t. I, pág. 744, ed. 6.ª), hay que diferenciar el concepto de la inexcusabilidad del cumplimiento del Derecho y el error de Derecho, pues sus campos de aplicación son distintos.

Recuerda la sentencia que la mala fe no se presume y que el concepto de buena o mala fe es una cuestión de Derecho deducible de los factores de hecho que la sentencia de instancia contenga, pues supone una calificación jurídica de conductas y actividades. La calificación que se realice en casación puede ser distinta, de «distinto signo», que la efectuada por el Tribunal de Instancia.

También contempla la sentencia la cuestión del contenido de las leyes desamortizadoras y llega a la conclusión de que, conforme a la Ley de 4 de abril de 1960, se legalizó la devolución a sus propietarios de los bienes objeto de desamortización y se reconoció a las órdenes religiosas plena capacidad para poseer. Por ello, como esos bienes objeto de la litis no habían sido vendidos a terceros ni apropiados por el Estado, en aplicación de aquella legislación especial podían ser ahora vendidos por la congregación de monjas con plena validez.

Frente a la doble inmatriculación, la sentencia aplica el principio de prioridad reconocido en el artículo 1.473 del Código civil, tomando como base las fechas de las conversiones en dominio de las correspondientes inscripciones de posesión.

Como se da la curiosa circunstancia de que los dos titulares registrales de la misma parcela traían causa de posesión, es presumible que del Registro no constasen datos suficientes para averiguar cuál de los dos folios, qué titular, era el real, civilmente válido. La solución ha sido practicada, ajustada al precepto civil y al principio clásico *prior tempore potior jure*.

B. M. B.

III. CONTRATOS

LA JURISDICCION ORDINARIA NO ES COMPETENTE PARA ANULAR LA CALIFICACION DEFINITIVA DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Los compradores de un edificio de viviendas de protección oficial demandan al constructor, pues afirman que el precio de las mismas debe ser el que se fijó en la cédula de calificación provisional, que fue inferior al fijado en la definitiva. El Juzgado estimó la demanda, pero no así la Audiencia. El Supremo se desentiende un tanto en el problema de fondo.

Doctrina de la sentencia.—Fijado el precio en la calificación definitiva, no es la jurisdicción ordinaria la que puede resolver sobre la eficacia o ineficacia de tal calificación en todo o en parte, pues por mandato expreso del artículo 98 del Reglamento de 24 de julio de 1968, «la calificación definitiva sólo podrá ser modificada o anulada mediante los procedimientos señalados en el artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo y ejercitando, en su caso, los correspondientes recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa», y como en el caso debatido tales procedimientos no han sido utilizados, sino que los actores recurrentes aspiran a que sea esta jurisdicción civil la que resuelva sobre la ineficacia del precio fijado en la calificación definitiva, se impone declarar que no modificada

tal calificación de las viviendas ante las jurisdicciones y trámites legales se hace preciso respetar tales calificaciones definitivas como válidas y eficaces.

EN EL RECURSO DE CASACION, LA DENUNCIA DEL ERROR DE HECHO TRATA SIMPLEMENTE DE CORREGIR LAS PALMARIAS EQUIVOCACIONES DEL JUZGADOR DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Doña María Luisa concedió poderes a su hermano don Julián, quien vendió las fincas de la primera a su propia esposa, venta que se inscribió en el Registro. Doña María Luisa demanda la nulidad de la venta y de las inscripciones registrales basándose en que se trata de una venta simulada y que, además, el apoderado se vendía a sí mismo.

La demanda fue estimada en ambas instancias y el recurso de los demandados no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Con la denuncia del error de hecho no se trata de que entre en juego el criterio de esta Sala como superior, sino simplemente de corregir las palmarias equivocaciones del juzgador de instancia, y, en consecuencia, si la valoración o la estimación que se hizo de la prueba se presentaba simplemente como dudosa, pero no como evidentemente equivocada, la denuncia del «error de hecho» no puede prevalecer.

En el documento que se aduce para mostrar el error de hecho no puede decirse que existan motivos que sean demostrativos de una equivocación evidente del juzgador de instancia; por el contrario, hay plenas razones para estimar el fallo de Primera Instancia ajustado a Derecho.

EN EL RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA SOLAMENTE SERAN ADUCIBLES LAS VULNERACIONES DE TRAMITES ESENCIALES (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—En accidente de circulación perdió la vida una niña. El padre de ésta demanda a la compañía de seguros en que estaba asegurado el automovilista causante de los hechos. Condenada la compañía por la Sala, su recurso, basado en el quebrantamiento de forma, no es acogido.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.691, número 2, de la L. E. C. establece que el recurso de casación por quebrantamiento de forma habrá de fundarse en «haberse quebrantado alguna de las formalidades esenciales del juicio», y el artículo 1.693 puntualiza que «habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio» en los siete casos que de manera limitativa señala, con lo cual quiere indicar nuestra Ley que el quebrantamiento o vulneración de cualquier otra formalidad distinta de las enumeradas en el precepto no puede dar lugar a dicho recurso.

Aunque el artículo 1.750 de la L. E. C. se limita a disponer que «en el escrito en que se formalice el recurso se expresará el caso o casos del artículo 1.693 en que se funde», sin determinar otros requisitos; sin embargo, dado el carácter eminentemente técnico y rigorista de dicho recurso y su finalidad, fundamentalmente sancionadora del incumplimiento de la

norma procesal que exige una determinada formalidad rituarial, resulta evidente que además del señalamiento del motivo haya que concretar también la norma que se supone quebrantada o citar el artículo de la L. E. C. que se hubiere infringido.

EL DEMANDADO ABSUELTO NO PUEDE RECURRIR (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Demandado el arrendatario de una plaza de toros, solicitándose por los actores el desahucio, alega, entre otras razones, excepción de incompetencia e inadecuación del procedimiento, excepciones que no fueron admitidas, aunque se desestimó la demanda. El arrendatario, absuelto, recurre en casación para que sean reconocidas tales excepciones.

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el recurso de casación, de ámbito limitadísimo, requiere para la rectificación de una resolución que el recurrente la estime perjudicial, haciéndose necesario, por tanto, que éste no haya obtenido en instancia lo que le interesa.

PRESCRIPCION: ES INCUMBENCIA DE LA PARTE PERJUDICADA AVERIGUAR CUANDO FINALIZO LA ACTUACION DE NATURALEZA CRIMINAL PARA EJERCITAR LA DE CARACTER CIVIL (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Un buque al atracar causó diversos daños en el muelle de Santander. Por estos hechos se le siguió juicio por la vía militar al capitán del buque, del que fue absuelto.

El Abogado del Estado demanda ahora a dicho capitán por la responsabilidad civil por daños, pero la prescripción alegada por el demandado enerva la acción en todas las instancias.

Doctrina de la sentencia.—En las acciones derivadas de culpa o negligencia, de que se trata en el artículo 1.902 del Código civil, cuando la acción no puede ejercitarse por tramitarse por dichos hechos causa criminal, tanto lo sea por la jurisdicción ordinaria como por cualquiera de las especiales, el plazo de un año se cuenta desde que quedó firme el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, puesto que desde dicho día fue posible para el agraviado el ejercicio de la correspondiente acción por la vía civil, habiendo cuidado la doctrina legal de puntualizar que esa «posibilidad» a que se alude en el mencionado artículo es la mera «posibilidad legal», o sea, exactamente «objetiva», esto es, independizada de toda condición o circunstancia subjetiva del interesado, sin que, por tanto, juegue o influya el personal conocimiento de dicha resolución por el interesado que no fue parte en el juicio; es más, tiene declarado esta Sala que es incumbencia de la parte perjudicada, por su propio interés, averiguar cuándo finalizó la actuación de naturaleza criminal para ejercitar la de carácter civil de que se creyera asistida.

EN EL RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA NO BASTA CITAR EL NUMERO DEL ARTICULO 1.693 DE LA L. E. C. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Un demandado alega la excepción de incompetencia de jurisdicción. Su alegato no es admitido en las instancias ni prospera su recurso ante el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Que el recurso de casación, por su carácter esencialmente técnico, se configura en todos los ordenamientos jurídicos con un criterio rigorista, y en este aspecto tiene reiteradamente declarado este Tribunal que para que pueda prosperar el de quebrantamiento de forma no basta citar el número del artículo 1.693 de la L. E. C., normativo de cuanto se debe pedir, sino que es asimismo necesario que se cite el precepto legal infringido, es decir, aquella o aquellas normas procesales genéricas que protegen al recurrente contra su indefensión, ordenando el trámite que éste considere infringido.

LA CASACION HA DE RESPETAR, EN LOS CASOS DE INTERPRETACION DE CONTRATOS, LAS AFIRMACIONES DE LA INSTANCIA (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Los dueños de un hotel contrataron a un director para el mismo y este empleado fue después justamente despedido. El director del hotel demanda a los propietarios pidiendo una fuerte indemnización basándose en una cláusula del contrato.

Doctrina de la sentencia.—La cuestión planteada es la de determinar si la ruptura del contrato de arrendamiento de servicios por iniciativa del empresario a causa del incumplimiento de la prestación pactada por parte del empleado ha de ir en todo caso acompañada del abono de la indemnización fijada en la cláusula cuarta del contrato suscrito entre las partes o si, por el contrario, la frase consignada para caso de despido en dicha cláusula de que «sea cualquiera la causa en que se funde para ello», se ha de referir sólo a los casos normales de cesación de los servicios por conveniencia de la parte empresarial, o sea, que no ha de regir cuando el despido se produce por incumplimiento del contrato por el empleado, pues entonces, como ocurre en el presente caso, ha de entrar en juego la aplicación de la condición resolutoria tácita del artículo 1.124 del Código civil.

Numerosas sentencias de este Tribunal tienen declarado que la casación tiene que respetar, en los casos de interpretación de los contratos, las afirmaciones de la instancia con tal que no sean desproporcionadas, calificativo que no cuadra al presente caso, en el que lo desproporcionado sería dar a la cláusula en cuestión una extensión ilimitada en cuanto al derecho a la indemnización debida al empleado.

COMPRAVENTA CON GRAVAMENES OCULTOS (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—D. David construyó un edificio de viviendas y vendió los pisos. Luego construyó otro que lindaba con el anterior y dio entrada a éste por el mismo portal que el primero tenía. Uno de los dueños de los pisos del

primer edificio demanda a D. David, pues en su contrato privado nada se había dicho del segundo edificio. La demanda se estimó en parte, imponiéndose una indemnización a favor del actor. El Supremo no estimó el recurso del demandado.

Doctrina de la sentencia.—«En el documento suscrito por las partes no se hace referencia a la construcción del edificio en dos fases, pues el comprador conocía en toda su integridad el desarrollo del proyecto en construcción», tal es la alegación del recurrente en el motivo primero de su recurso, motivo que no puede prevalecer, porque no es cierto que en el contrato privado de compraventa no se haga referencia a la construcción del edificio en dos fases, y en cuanto a la otra afirmación de que el hoy recurrido conocía en toda su integridad el desarrollo del proyecto en construcción, no implica que el comprador sabía al firmar el contrato que todas las viviendas tendrían un solo portal y escalera, un servicio, también conjunto de timbres, luz y agua, porque son detalles que no constan en el proyecto de construcción, y, además, que esa afirmación del recurrente es contraria a la premisa fáctica de la sentencia impugnada, que aceptó la del Juzgado, conforme a la cual el recurrido adquirió el piso «en la creencia de que el edificio solamente tendría dos viviendas en cada planta; que los huecos de los rellanos de la escalera, destinados a puerta de entrada a la vivienda de la segunda fase, por su significado equívoco y por hallarse cerrados con ladrillo, y que acreditan la existencia del gravamen en el momento de la venta, no eran de fácil conocimiento por un profano en materia de construcción».

COMENTARIO.—Importante sentencia sobre un problema muy actual y frecuente. El Tribunal Supremo se inclina por sancionar la posible mala fe. La oscuridad en los contratos no debe favorecer a la parte que la produce.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—El actor suministraba materiales de construcción al demandado y ahora le reclama el importe de los mismos. El demandado alega la existencia de un contrato privado de sociedad entre ellos. Pero el Supremo no acoge sus razonamientos.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida no niega la realidad y eficacia del contrato privado de sociedad, sino que se remite reiteradamente a su texto, que toma como base de sus razonamientos, en cuya virtud no puede imputarse a dicha sentencia la violación o falta de aplicación en los artículos 1.254, 1.256, 1.258 y 1.278 del Código civil, como hace el motivo del recurso, sino que partiendo del repetido contrato, lo que hace es interpretar la estipulación cuarta, en el sentido de que habiéndose constituido entre las partes litigantes una sociedad mercantil, que por su naturaleza está caracterizada por el ánimo de lucro, conforme al Código de comercio, las previsiones normativas de aportaciones y modo de compensarlas o satisfacerlas se han de referir a las que son objeto de su actividad propia y, por tanto, los anticipos y operaciones anteriores a las primeras ventas se hallan comprendidas en tales previsiones.

NO HAY INCONGRUENCIA SI NO SE DA MAS DE LO PEDIDO (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Se solicitó por el actor que se declarase que los demandados le debían la cantidad de 2.170.000 pesetas y que se declarase vencido el plazo de la obligación. Recogió tales pedimentos el Juzgado y los confirmó la Audiencia. El recurso, que no prospera, se basa en la incongruencia del fallo.

Doctrina de la sentencia.—Solicitado en el suplico de la demanda que se declarara vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación y establecido en el fallo de la resolución apelada el vencimiento de dicho plazo, se da la más perfecta congruencia entre lo pedido y lo concedido por la sentencia, sin que pueda por ello estimarse que se dio más de lo pedido, como se razona en el primer motivo del recurso, en que, al amparo del número tercero del artículo 1.692, se denuncia incongruencia por interpretación errónea del artículo 359 de la L. E. C., por haberse dado más de lo pedido, al estimar que se había solicitado únicamente la «existencia de una deuda vencida» y el fallo estableció la situación jurídica del vencimiento; mas dicho razonamiento parte del error de estimar que se da más de lo pedido si se declara un vencimiento posterior al solicitado, cuando realmente al declararse constituida tal relación jurídica en fecha posterior a aquella en que fue solicitada se da menos de lo pedido, procediendo por ello la desestimación del motivo.

DISTINCION ENTRE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO Y DE INDUSTRIA (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—El dueño de un bar lo arrienda y al término del contrato niega la prórroga al arrendatario y lo demanda de desahucio. El demandado alega se trata de arrendamiento de local de negocios, tesis que no se acoge.

Doctrina de la sentencia.—En el segundo de los motivos se deduce que el arrendamiento se refiere a un local de negocio con algunos elementos para su explotación y no a una industria en funcionamiento, por lo que es de aplicación al caso lo dispuesto en el número 2 del artículo 3 de la L. A. U., y habida cuenta que los términos claros y precisos en que está redactado el contrato y en que las partes hacen constar «en la casa arrendada existe una industria de cafetería propiedad del arrendador que ha de ser objeto del contrato» y que el arrendatario «recibe en arrendamiento una unidad patrimonial con vida propia e independiente y susceptible de ser inmediatamente explotada», unido al inventario que se une al contrato, en que consta que se entregan todos los elementos esenciales para el desarrollo de la industria en estado de perfecto funcionamiento y en condiciones de ser inmediatamente utilizados para la explotación del negocio, faltando únicamente algunos detalles de menor importancia y de exíguo valor en relación al volumen total, resulta evidente que es de perfecta aplicación al caso contemplado la norma de interpretación contenida en el artículo 1.281 del Código civil, como lo hace la sentencia recurrida.

DESAHUCIO DE UN GARAJE: ES ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y NO DE LOCAL DE NEGOCIOS, AUNQUE HAYA IDO TRANSFORMÁNDOSE LA INDUSTRIA DE GARAJE EN OTRA DE COMPRVENTA DE AUTOMOVILES (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Los actores arrendaron un garaje con todos los elementos para su explotación comercial al demandado, quien instaló allí, además, un negocio de compraventa de automóviles, que con el tiempo llegó a ser la única actividad que desarrolló. Los demandantes solicitan el desahucio. En ambas instancias se acogió la excepción de inadecuación del procedimiento, por estimar que se trataba de un arrendamiento de local de negocios, regulado por la L. A. U. El Supremo acoge el recurso basándose en la siguiente doctrina:

Doctrina de la sentencia.—Es procedente estimar los motivos segundo y tercero del recurso, ya que lo que realmente se conviene y entrega en el momento de nacer el contrato, que es al que hay que atenerse, es una industria en marcha, con todos sus elementos materiales e incluso inmateriales, como es la clientela, sin que pueda variar tal calificación el giro que paulatinamente, desde el inicio, el arrendatario fue dando a la industria recibida, hasta dejarla con el transcurso del tiempo convertida en negocio de compraventa de coches usados.

EL ARRENDAMIENTO DE UN CINE ES DE INDUSTRIA Y NO DE LOCAL DE NEGOCIOS (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1972). °

Hechos.—La sociedad propietaria de un cine lo arrendó a otra sociedad, a la que ahora demanda, pidiendo, entre otras cosas, que se declare la naturaleza jurídica del contrato.

Doctrina de la sentencia.—El tema referente a determinar cuál sea la naturaleza o conceptualización jurídica que corresponde a un determinado contrato constituye un problema de interpretación del mismo en orden a su calificación, y a tal respecto, la Sala de instancia entiende que el contrato de que se trata es un arrendamiento de industria, calificación que se combate en los motivos... del recurso, en los cuales se sostiene que tal contrato es de arrendamiento de local de negocio, para llegar a la conclusión de inadecuación del procedimiento, motivos que deben ser rechazados, en primer término, porque, según doctrina reiterada de esta Sala, cuando la interpretación dada por el Tribunal *a quo* es racional, como en este caso acontece, su criterio ha de prevalecer sobre el del recurrente; en segundo lugar, porque la Sala sentenciadora realiza su función interpretativa ateniéndose a la expresión literal del contrato contenida en su cláusula primera y, además, a la realidad de la transmisión locativa, que afirma que no sólo es uso del local, sino el nombre, el ambiente de concurrencia y la disponibilidad de inmediato cumplimiento, en definitiva, del negocio, afirmación de carácter fáctico, que no ha sido impugnada por la vía adecuada en el recurso.

EL ESCRITO DE CONTESTACION A LA DEMANDA NO ES DOCUMENTO PROBATORIO (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—La viuda del arrendatario de unas lonjas se subrogó al fallecimiento de su marido en el arrendamiento de las mismas, para lo cual celebró con la arrendadora nuevo contrato, que contenía la prohibición de subarrendar; esta prohibición fue posteriormente incumplida por la arrendataria, que ahora es demandada por la compañía arrendadora, quien solicita la resolución del contrato y desahucio, pretensiones todas ellas acogidas por los Tribunales de instancia. No prosperó el recurso ante el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero no puede ser acogido, porque de los documentos que en él se invocan con el designio de mostrar el pretendido error de hecho en la apreciación de las pruebas, el que figura al folio. . no es más que un oficio que transcribe cierto informe de la Policía municipal, carente de la necesaria autenticidad intrínseca, material o de fondo a efectos de casación; los unidos a los folios. . no contienen ningún hecho auténtico que esté en manifiesta oposición con los fijados formalmente por los juzgadores *a quo*, y, por último, el escrito de contestación a la demanda no es un documento probatorio que pueda ser esgrimido para evidenciar la alegada equivocación en la valoración de las probanzas.

EL ARTICULO 360 DE LA L. E. C. NO DEBE INTERPRETARSE RESTRICTIVAMENTE (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1972).

Doctrina de la sentencia.—Al consistir el aspecto externo de la congruencia en la necesidad de que medie la debida adecuación y concordancia entre la parte dispositiva de las resoluciones judiciales y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, no se desconoce aquel principio cuando los órganos jurisdiccionales dejen para ejecución de sentencia la fijación de la cantidad líquida que hubieren de satisfacer los condenados, siempre que con ello no rebasen el límite cuantitativo máximo reclamado en la demanda, por ajustarse semejante decisión a lo prevenido en el artículo 360 de la L. E. C., que pese a los términos, al parecer exhaustivos, en que está redactado, no debe interpretarse restrictivamente, sino en el sentido de ampliar su ámbito de aplicación a cuantos supuestos no permitan *a priori* concretar la liquidez de las sumas que constituyen el objeto de la controversia.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Don Juan y don Antonio suscribieron un documento, según el cual don Juan declaraba adeudar a don Antonio 1.700.000 pesetas. Fallecidos ambos firmantes, los herederos de don Antonio demandan a los de don Juan, quienes alegaron la excepción de falta de legitimación activa. No obstante, fueron condenados en ambas instancias y su recurso no prospera.

Doctrina de la sentencia.—En el recurso se denuncia violación del artículo 909 del Código civil, que prohíbe a todo albacea delegar sus facultades si no tuviera expresa autorización para ello, en relación con el nú-

mero 3 del artículo 533 de la L. E. C., que establece como excepción dilatoria la falta de personalidad en el procurador, por entender que el procurador lo fue por delegación de quien no estaba facultado para delegar los poderes, motivo de imposible estimación por las siguientes razones: en primer lugar, porque el problema que ahora se suscita fue resuelto en el oportuno incidente con resolución firme, que impide su extemporáneo e improcedente replanteamiento en casación, y en segundo lugar, porque su formulación es incorrecta formalmente, pues se alega la infracción del precepto sustantivo del artículo 909 del Código civil y al propio tiempo del número 3 del artículo 533, cuya vulneración podrá dar lugar, en su caso, a un quebrantamiento de forma, pero es incompatible con la vía empleada.

RIGORISMO FORMAL DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Doctrina de la sentencia.—Son notas acusadamente distintas del recurso de casación lo limitado de su alcance, que no abarca el contenido del pleito en su integridad, y el estrecho rigorismo formal a que ha de acomodarse su interposición, de tal modo que si en ella se omite alguno de los requisitos esenciales que impone el artículo 1.720 o se incide en cualquiera de los casos que enumera el 1.729, el recurso no es admisible, y aun admitido a trámite, carece de viabilidad.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

LEGITIMA INDIVIDUAL ARAGONESA. SU GRAVAMEN. SUSTITUCION SI SINE LIBERIS DECESSERIT. PROHIBICION DE ENAJENAR (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—Los cónyuges aragoneses don M. C. C. y doña C. T., fallecidos en 17 de febrero de 1947 y 15 de diciembre de 1923, respectivamente, instituyeron por únicos y universales herederos a sus hijos doña Florencia y don Eusebio, disponiendo, además, que «para el caso de que su hijo Eusebio falleciera sin descendencia legítima ordenan los testadores que todos los bienes sitios o inmuebles, que tanto a título de legatario como de heredero al mismo hayan de corresponderle a virtud de lo dispuesto en este testamento, recaigan a su fallecimiento en su hermana doña Florencia, y a falta de ella, en la descendencia legítima de la misma».

Doña Florencia murió el 3 de enero de 1938, dejando cuatro hijos de su matrimonio, los cuales, en unión del viudo y de su tío don Eusebio, otorgaron el 9 de junio de 1958 escritura de protocolización y aprobación del cuaderno particional de los citados cónyuges don M. C. C. y doña C. T., en la que se establece que la modalidad de la institución a favor de don Eusebio lleva consigo la prohibición para éste de enajenar los bienes adquiridos, que recaerán en sus sobrinos si muere sin descendientes legítimos. Esto no obstante, por escritura de fecha 11 de septiembre de 1973, que no se presentó en el Registro de la Propiedad, a diferencia de lo anterior, don Eusebio vendió las fincas por él heredadas a su sobrina política doña P. A., que es una de las demandadas.

Fallecido don Eusebio, en estado de casado con la otra demandada,

doña M. A. G., sin haber dejado descendencia de su matrimonio, sus sobrinos carnales, tedeicomisarios en el testamento de sus abuelos, demandan a la viuda y la sobrina política de dicho causante para que se avengan a reconocer la nulidad de la compraventa, por ser contraria a la limitación que entraña la prohibición de enajenar.

Estimada parcialmente la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Zaragoza, dejando a salvo el usufructo viudal de doña M. A. G., y apelada la sentencia por los demandantes, adhiriéndose al recurso las demandadas, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, desestimó el recurso de los actores y, en cambio, dio lugar al interpuesto por las demandadas, revocando la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal por la representación de los actores, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que a la vista de los diversos elementos probatorios aportados al juicio, la sentencia recurrida declara acreditado que en el testamento mancomunado de 15 de febrero de 1921, sometido a legislación foral a la sazón vigente en territorio aragonés, no se dejó en realidad cantidad alguna en concepto de legítima al causante de una de las demandadas (considerando octavo), pese a ser el mismo hijo de los testadores y haberse gravado los bienes que habían de transmitirse por tiempo superior al que se autorizaba en el Fuero *De testamentis*, publicado en las Cortes de Alcañiz de 1436 y en el único y observancias primera y segunda *De Rebus Vinculatis*, y como tales hechos no han sido impugnados en casación por la vía formal adecuada ni se ha atacado, con apoyo en el artículo 675 del Código civil, la interpretación que de dicho instrumento notarial llevó a efecto el juzgador de instancia, es indudable que cualquiera que sea la opinión que tal labor exegética merezca a esta Sala, al deducir de ella y de los referidos hechos el Tribunal *a quo* que la mencionada disposición *mortis causa* estaba en abierta contradicción con las referidas normas forales, no incurrió en ninguna de las infracciones que, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncian en los dos primeros motivos del presente recurso, que, por consiguiente, no pueden prosperar, solución a la que también se llega respecto a los mismos y al tercero, acogido al repetido número 1 del artículo 1.692, sin más que tener presente que en todos ellos se hace supuesto de la cuestión y que las alegaciones facticas y jurídicas que le sirven de fundamento, así como la jurisprudencia y principio general de derecho que se dice vulnerado en los dos últimos, no se invocaron para nada en el período expositivo del pleito ni se citaron en la resolución que se impugna, con lo que los tres inciden en los vicios de inadmisión señalados, respectivamente, en los números 9 y 5 del artículo 1.729 de dicha Ley y en causa de desestimación en esta fase decisoria.

NULIDAD DE TESTAMENTO. TESTIGOS. CONOCIMIENTO DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Don L. P. R., tío paterno de la actora, apelada y recurrente, otorgó testamento notarial abierto, en el que instituyó universal heredera a doña D. G. G., demandada, apelante y recurrida, con la que no le unía parentesco alguno. La sobrina carnal del testador demanda la nulidad del testamento por no dar fe el Notario de conocer al testador, sino a través del conocimiento de los testigos, quienes además de no

conocer realmente al testador, eran empleados del Colegio Notarial, según expone la actora.

El Juzgado de Primera Instancia de Carballo estimó la demanda y declaró la nulidad del testamento, pero la Sala Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la sentencia del Juzgado. Y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso interpuesto por infracción de ley según las siguientes consideraciones:

Considerando que articulados los dos primeros motivos del recurso por el cauce del número 1 del artículo 1.692, denunciando violación de los artículos 681, 685 y 687 del Código civil y con base en premisa fáctica opuesta a la estimada por la Sala *a quo*, es necesario previamente examinar el tercero, en que por el cauce del número 7 del citado artículo se combaten los hechos admitidos con denuncia de error de hecho en la apreciación de la prueba que surge de los testimonios de las cartas de dos de los testigos en el testamento unidos a autos, razonándose en el motivo que al ser librados tales testimonios por funcionarios con fe pública judicial adquirieron la condición de auténticos a efectos de casación; mas tal razonamiento es a todas luces erróneo, toda vez que ni las cartas originales ni los testimonios de las mismas suponen otra cosa que meras declaraciones de testigos efectuadas por escrito, careciendo, por tanto, de aquella cualidad que les es atribuida y sirve de sustentación al motivo, que por ello debe ser desestimado.

Considerando que permaneciendo inalterados los hechos es evidente la improsperabilidad de los dos primeros motivos ya citados, puesto que para la existencia de las infracciones denunciadas en ellos es parte de supuestos diametralmente opuestos a los declarados por la Sala, haciendo, por tanto, supuesto de la cuestión y deduciendo las consecuencias jurídicas que corresponden a hechos no estimados por el Tribunal de instancia, sin que la declaración equivocada de ésta respecto a la no necesidad de que los testigos conozcan al testador, al ser razonamiento hecho a mayor abundamiento y después de la afirmación de «que lo conocían», sea determinante del fallo ni por ello pueda ser tenida en cuenta para el éxito del motivo.

Considerando que la desestimación de todos los motivos llevan a la del recurso, con condena del recurrente al pago de las costas causadas.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto a nombre de doña María Isabel Pet Morales contra la sentencia que, con fecha 26 de mayo de 1971, dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña; condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas, y librese al presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala que remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* e insertará en la Colección Legislativa, pasándose, al efecto, las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Francisco Bonet.—Jacinto García Monge.—José Beltrán.—Andrés Gallardo.—Manuel Prieto. Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Andrés Gallardo Ros, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y ponente que ha sido en estos autos estando celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que como secretario certifico. Víctor Dorso.—Rubricado.

*TÍTULOS NOBILIARIOS. PRESCRIPCIÓN DE TREINTA AÑOS Y UN
DÍA EN ARAGÓN (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1972).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia pronunciada por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia, número 8, de dicha ciudad, en base a las siguientes consideraciones:

Considerando que el primer motivo del recurso plantea el problema del régimen legal aplicable a la sucesión en el marquesado de Ariño, problema que por su naturaleza exige prioridad en el estudio y resolución, a cuyo respecto la sentencia recurrida, después de razonar sobre los títulos nobiliarios, establece la conclusión de que este título no es aragonés, en el sentido de que a la sucesión del mismo le sea aplicable el Derecho de este antiguo reino; afirmación frente a la cual surge la objeción de que es elemental y notorio que hasta los Decretos de Nueva Planta, dictados por Felipe V, la nación española estaba configurada por un conjunto de reinos vinculados entre sí por la unión personal con el monarca, pero con autonomía administrativa y legislativa y Cortes propias, cuya obra, con respecto al reino de Aragón, se recoge en colecciones que van, por citar las más significativas, desde la Colección Cronológica o Código de Huesca, de Jaime I (1247) a la sistemática mandada formar por Acto de Corte en las de Monzón de 1547, y no sólo esto, sino que las disposiciones posteriores relativas a la materia que nos ocupa, y entre ellas, como más recientes, las citadas en el primer motivo del recurso, remiten a la legislación vigente con anterioridad al 14 de abril de 1931 sin modificación alguna de la Ley privativa constituida por el título de su concesión, que es la norma básica a la que hay que atenerse, y en el caso de autos, el título se concede por Carlos II, como rey de Aragón, refrendado por las magistraturas aragonesas y sometido a su legislación, que en este punto no ha sido modificada precisamente porque el mantenimiento de estos honores, que no pueden suponer una discriminación clasista incompatible con los principios políticos modernos, se debe exclusivamente a razones históricas típicas y privativas en cada uno de los antiguos reinos, que se frustrarían en su naturaleza si fueran regidas por disposiciones distintas a las que las determinaron, perteneciendo a un Derecho público que no puede modificarse por cambio de domicilio, como pretende el demandante recurrido, ni prorrogarse por razón alguna.

Considerando que esto mismo obliga a aclarar que si bien es cierto que los títulos nobiliarios, no sólo según los preámbulos de la Ley de 4 de mayo de 1948 y el Decreto de 28 de octubre de 1915, recordados por la sentencia recurrida, sino según el espíritu de toda legislación sobre títulos y grandezas, son derechos inherentes a la personalidad y contribuyen a la identificación del titular en cada momento, lo que no puede tener es el carácter personalísimo que la sentencia recurrida les atribuye ni identificarse con el nombre, pues en ese caso se extinguirían con el primer titular, mientras que, por el contrario, salvo que en la carta de concesión o ley particular se disponga otra cosa, son normalmente transmisibles.

Considerando que partiendo de este supuesto, el segundo problema planteado se refiere a si en el caso de autos se constituyó con un orden sucesorio de asignación rigurosa, condición que no resulta del título constitutivo, en el que no aparece obstáculo para la sucesión por vía

femenina y, además, colateral, como efectivamente se produjo y aceptaron las partes.

Considerando que el tercero y último problema que plantea el recurso es el de la prescriptibilidad adquisitiva de la concesión, respecto del cual ha tenido ya esta Sala ocasión de pronunciarse en la sentencia de 10 de octubre de 1961, cuyo criterio se ajusta perfectamente a los supuestos del caso de autos, en el que, como queda razonado, la legislación aplicable es aragonesa, el título transmisible en el ámbito familiar y su naturaleza no pueden identificarse con el del nombre de una persona, por lo que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente el Fuero VI, *De prescriptionibus*, del libro VII del Código o Colección Cronológica de Huesca.

Y en su segunda sentencia establece:

Considerando que en el Derecho aragonés anterior a la vigencia del Apéndice Foral de 7 de diciembre de 1925 regía en materia de prescripción el Fuero VI, *De prescriptionibus*, del libro VII del Código de Huesca de 1427, que establece que el que pacíficamente poseyere una heredad durante treinta años y un día, si pasado este tiempo se presentare alguno reclamándolo podrá negarse con éxito la reclamación; prescripción a la que tanto los foralistas como la jurisprudencia reconocen el carácter de general y extraordinaria, debiendo entenderse por heredad todo aquello que es susceptible de transmitirse por herencia, pues lo que no se admite en Derecho aragonés, como en el catalán, es que se perpetúe una situación de inseguridad jurídica, y estando probado sin discusión que el título objeto del pleito ha venido estando poseído por la raza de la que el actual titular trae causa durante un lapso de tiempo superior al anteriormente indicado, es incontestable su derecho al título.

TITULOS NOBILIARIOS. PRESUNCIONES. REHABILITACION. *Reglamento de 14 de noviembre de 1885, Decreto de 11 de junio de 1883, Reales Decretos de 27 de mayo y 8 de julio de 1922, Orden de 21 de octubre de 1922, Ley de 4 de mayo y Decreto de 4 de junio de 1948 (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1972).*

Todo mayorazgo se presume regular. La rehabilitación es acto graciable, pero sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Considerando que la sentencia recurrida, en su cuarto considerando, aceptando la doctrina del segundo de la de Primera Instancia, no sólo no niega el valor de las disposiciones que se citan en el primer motivo del recurso, sino que partiendo su eficacia se limita a interpretar el título constitutivo de la merced que se discute, en el sentido de que de sus propios términos no se deduce la existencia de una sucesión irregular, pues aceptando la interpretación de la Diputación de la Grandeza entiende que la referencia a los mayorazgos no pretende indicar más que tanto el primer titular como los sucesores habían de ser personas de posición económica suficiente para ostentar el título con el necesario decoro (folio 387), a lo que añade, a mayor abundamiento, la tesis de que todo mayorazgo se presume regular; interpretación y tesis que no

han sido combatidas debidamente en el indicado motivo, pues se limitan a oponer a la de la Sala sentenciadora su propia afirmación de que el título dicho instituyó una sucesión irregular, olvidando que una jurisprudencia reiterada (sentencia de 22 de noviembre de 1963 y 28 de junio de 1968) establece la presunción de regularidad en el régimen sucesorio nobiliario y exige que la cláusula de irregularidad sea expresa y contenga inequívoca intención de constituir un orden sucesorio perfectamente definido.

Considerando que la naturaleza de legítimos de la cadena de sucesores ya implícitamente declarada por la sentencia recurrida al reconocerse la descendencia a través de los diferentes matrimonios que figuran en los árboles genealógicos presentados, todos ellos acreditados por partidas de los Registros civiles y sacramentales o por otras pruebas suficientes para suplicarlas en su defecto, lo que unido a las razones del considerando anterior respecto a la inexistencia de la supuesta violación de los mismos preceptos que se invocan en el segundo motivo obliga a desestimarlos.

Considerando que si el cotejo a que se refiere el tercer motivo se practicó, como, en efecto, se reconoce al hecho de que se haya producido la omisión que se denuncia, privando a la parte hoy recurrente de la garantía procesal de la citación, sería, en su caso, constitutivo de la causa cuarta del artículo 1.693 de la Ley rituarial relativa al recurso de casación por quebrantamiento de forma; pero no puede invocarse por el cauce utilizado, por lo que ha de desestimarse también este motivo.

Considerando que la tesis propugnada por el motivo cuarto, por sus términos absolutos, choca con lo dispuesto en los artículos 327 del Código civil y 2 de la Ley de 8 de junio de 1957, que admiten la posibilidad de suplir por otras pruebas el valor privativo de las actas del Registro, en el caso de que no hayan existido aquéllas o hubiesen desaparecido los libros del Registro dispuestos de los que parte, sin que se haya combatido la sentencia recurrida, razón por la cual no puede darse lugar tampoco a este motivo ni al quinto, que abunda en la misma causa de desestimación.

Considerando que a poco que se profundice en el estudio de la naturaleza jurídica de la rehabilitación resulta evidente que si la concesión de un título nobiliario es un acto puramente graciable del soberano, que sin limitación alguna puede concederlo o negarlo, y en caso de su caducidad puede igualmente concederlo a otra persona, incluso que no tenga la más mínima relación con el anterior concesionario, sería lógico que de igual forma la rehabilitación participase del mismo carácter puramente graciable y en su virtud debería registrarse la sucesión según las normas propias de la rehabilitación o, en su defecto, por las de la sucesión regular del nuevo titular y, por tanto, resulta incongruente involucrar supuestos derechos sobre un título caducado y concedido *ex novo*, como hizo constar el Real Decreto de 11 de junio de 1883, que con evidente criterio jurídico dispuso en su artículo 2 que «cuando por razones atendibles convenga acordar la rehabilitación de un título caducado y suprimido podrá concederse libremente a cualquiera de los individuos que justifiquen estar comprendidos en los llamamientos del Decreto de creación, y a falta de éste, en los de la sucesión regular», y el artículo 3 añadía que contra la rehabilitación de un título acordada (con arreglo a las normas del citado Decreto) no procederá recurso alguno, como es lógico en los actos de gracia; pero a pesar de lo expuesto, es lo cierto que en el estado actual de la cuestión dispuso el artículo 9 del Reglamento de 14 de noviembre de 1885 que toda rehabilitación se hará siempre con la cláusula de sin perjuicio de mejor derecho, el cual habrá de ejercitarse en juicio ordinario, haciendo, en su caso, el Tribunal correspondiente la declaración de preferencia a ser agraciado con dicha mer-

ced», sistema que, sin embargo, ha venido a consolidarse por la legislación vigente, constituida por los Reales Decretos de 27 de mayo de 1912 y 8 de julio de 1922, desarrollado por la Orden de 21 de octubre del mismo año, que mantiene la norma de que «toda rehabilitación se entenderá concedida sin perjuicio de tercero de mejor derecho genealógico» (art. 12 del Decreto de 8 de julio de 1922), en cuya virtud es claro que el parentesco determinante del mejor derecho no puede relacionarse con el concesionario de la rehabilitación que se concede con este carácter polémico, sino con el último poseedor legal, debiendo entenderse por tal aquel a quien el título correspondería ateniéndose al orden sucesorio correspondiente.

Considerando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, que desarrolla la Ley de 4 de mayo del mismo año, el referido orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concepción y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia, que, como la sentencia recurrida estima en su primer considerando, es el establecido en la Ley 2.ª del título XV de la Partida 2.ª para la sucesión a la Corona de Castilla, criterio que es el sustentado por la jurisprudencia predominante, entre la que pueden citarse las sentencias de 2 de abril de 1961, 6 de octubre de 1960, 3 de mayo y 22 de noviembre de 1963, que es el mismo mantenido en la sentencia recurrida, a la que, sin embargo, el motivo sexto del recurso acusa de haber infringido por interpretación errónea, pues si bien admite el recurrente que en las líneas colaterales no se aplica el derecho de representación que rige en las líneas rectas descendente y ascendente, sino el criterio de la propinquidad, estima que ésta ha de referirse a la proximidad de grado al último poseedor normal, el que ha ostentado el título habilitado por la Real Cédula, es decir, propugna lo que anteriormente considerábamos como solución ideal en el campo del Derecho constituyente, pero no del Derecho constituido, que por las razones también expuestas anteriormente repugna esa pretendida interpretación, pues la concesión de rehabilitación al solicitante en calidad de sin perjuicio de tercero carecería de sentido, por lo que hay que desestimar este motivo sexto.

Considerando que el motivo séptimo cae por su base si se tiene en cuenta que tanto el título de la rehabilitación como la reiterada jurisprudencia no limitan al óptimo poseedor civilísimo, sino que en caso de inactividad de éste la refieren al simple tercerista de mejor derecho en contemplación al orden sucesorio, acción que por su propia naturaleza es imprescriptible y que nada tiene que ver con el principio de que la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, razones por las cuales hay que desestimar dicho motivo, así como el octavo y último, que defiende el principio de la posesión inmemorial para consolidar la situación del actual titular demandado, quedando con ello desestimado el recurso.

SUCESIONES ESPECIALES. CASAS BARATAS. REGIMEN JURIDICO. DERECHOS ADQUIRIDOS. COMPETENCIA. *Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, Reglamento de 8 de julio de 1922, Ley de 19 de abril de 1939, Reglamento de 8 de septiembre de 1939, Decreto de 24 de julio de 1963 (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1972).*

La legislación relativa a viviendas económicas o protegidas no ha derogado totalmente el especial régimen jurídico de las llamadas casas baratas para decidir cuyas cuestiones, entre ellas las relativas a la valoración, son competentes los órganos administrativos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia, número 23, de esa capital, conforme a lo siguiente:

Considerando que como antecedentes que han de tenerse en cuenta en la resolución del presente recurso son de consignar: a) que por doña Pilar Bouvier Osuna se promovió juicio voluntario de testamentaría de los cónyuges don Manuel Bouvier Gutiérrez de Pando y doña Francisca Osuna Cappa, como hija legítima de los mismos, respectivamente fallecidos el 12 de mayo de 1939 y 27 de enero de 1962; b) que los únicos interesados en la herencia lo son los hermanos de doble vínculo: doña Pilar y don Rafael Bouvier Osuna, y el hermano uterino, don Miguel Fernández Osuna, hijo legítimo del primer matrimonio de doña Francisca Osuna Cappa con don Miguel Fernández, al haber renunciado a la herencia de don Miguel Bouvier Osuna, tercero de los hijos de los causantes, su viuda e hijo, doña Petra Sanz García y don Manuel Bouvier Sanz; c) que formado el correspondiente inventario aparece del mismo no existir más bien dejado al fallecimiento de dichos esposos que el de una casa unifamiliar, tipo chalet, en la colonia del Retiro de esta capital, inscrita a nombre de los causantes en el Registro de la Propiedad, habiéndose hecho constar al momento de la práctica de dicho inventario, por el procurador del señor Bouvier, que por tratarse de «casa barata», por resolución del Ministerio de la Vivienda de 11 de octubre de 1965, le fue adjudicada a don Rafael Bouvier Osuna.

Considerando que si la catalogación de «casa barata» del único bien que constituye la herencia dejada por los expresados esposos y la alegada adjudicación de la misma, por resolución del Ministerio de la Vivienda, a favor del coheredero don Rafael Bouvier Osuna planteó en litis cuál fuere la legislación aplicable respecto a la sucesión de la misma, es lo cierto que el problema jurisdiccional, que *prima facie* se presenta por razón de la materia, no fue objeto de discusión en el pleito ni de resolución en la sentencia, por lo que en verdad cabría decir que al formularse como motivo de casación, al amparo del número 6 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es cuestión nueva y, por tanto, excluida de su conocimiento en el recurso; mas dado caso que cuanto afecta a dicho tema es de orden público, pues no cabe que un Tribunal, de cualquier orden que sea, invada un fuero ajeno a su esfera objetivamente competitiva, obliga a examinar si, en efecto, nos encontramos en presencia de una cuestión de naturaleza administrativa, cuyo conocimiento está encomendado a los órganos de esta jurisdicción, o si el asunto de que se trata es de naturaleza puramente civil y, por tanto, de la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Considerando que acogida la casa que es razón de litis al régimen de las denominadas «casas baratas» y, en principio, por tanto, regulada por el Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924 como texto básico, que sustituyó a la Ley de Casas Baratas de 10 de diciembre de 1921 y al Reglamento aprobado por Real Decreto de 8 de julio de 1922, que si bien lo fue para la aplicación de esta última mantuvo su vigencia respecto a la primera por Orden de 7 de noviembre de 1924; ocurrido el fallecimiento de doña Francisca Osuna Cappa, adquirente de dicha casa, con autorización del entonces su marido, don Manuel Bouvier Gutiérrez de Pando, en 22 de enero de 1962, el primer punto a resolver, nacido de la controversia entre ambas partes, lo es el referente a la legislación que había de regular la sucesión de la expresada causante, toda vez que aquel régimen legal de «casas baratas» había sido sustituido por el de «viviendas

económicas o protegidas», en particular por la Ley de 19 de abril de 1939, su Reglamento de 8 de septiembre siguiente y Decreto de 24 de julio de 1963, para después determinar sus efectos en orden a la planteada cuestión de competencia objetiva o jurisdiccional por razón de la materia, y ya en trance de solventar aquel primer punto de discordia es de tener en cuenta que si bien es cierto que a virtud de esta nueva reglamentación de casas económicas o protegidas quedaron derogadas o en desuso la mayor parte de las disposiciones de aquella primera Ley de 1924, no había de serlo, como acertadamente resuelve el juzgador de instancia, al aceptar los acabados razonamientos del juzgador de primer grado, en orden a los derechos adquiridos por los que, conforme a la más antigua regulación, eran beneficiarios en el régimen sucesorio por aquélla establecido, tanto en razones basadas en el alcance derogatorio de dichas disposiciones, en orden a su reciprocidad, como por expresa disposición del artículo 22 de la Ley de 1939 y 110 de su Reglamento, salvando los derechos adquiridos sin más limitación que atemperar el procedimiento para hacerlos efectivos a las prevenciones de dicha Ley y Reglamento, como por igual reconocimiento, que implícitamente se deriva de la última de dichas disposiciones, porque si expresamente deroga la Ley de 1924, la mantiene salvo en lo que afecte al uso, conservación, aprovechamiento y régimen de sanciones que sujeta a la nueva reglamentación, por lo que es evidente la vigencia del Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, en cuanto a los derechos adquiridos por los beneficiarios en materia de transmisiones y herencias, tasaciones y descalificaciones, de «casas baratas» acogidas a su régimen, no puesto en duda en la sentencia de la Sala 4.ª de este Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1964, precisamente resolviendo en relación a la adjudicación de casa que es traída a debate ante esta jurisdicción ordinaria, y en cuanto a los efectos de tal regulación no pueden ser otros que, salvo la excepción a que se refiere el artículo 69 de la misma, conforme a la cual en «las cuestiones judiciales y civiles que den lugar a la adquisición de solares y terrenos y la construcción de dichas casas entenderán los Jueces de Primera Instancia», en todas las demás sujetas a su régimen será competencia de los respectivos órganos administrativos y, por tanto, materia excluida del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, entre las que específicamente cabe señalar cuanto afecta a la sucesión de casas baratas, objeto de especial regulación en el artículo 16, del que es de hacer especial mención el párrafo segundo de su disposición tercera, conforme al cual, «cuando ninguno de los herederos pueda acreditar la condición legal de beneficiario se aplicará entonces, para la herencia de la casa, la legislación civil común», previa pérdida de la condición legal de casa barata para que les pueda ser adjudicada, como por cuanto se refiere a la tasación, el artículo 326 del Reglamento atribuyendo al Instituto de Reformas Sociales—hoy Ministerio de la Vivienda—la competencia para practicarla, previo informe pericial y audiencia de la Junta de Casas Baratas, al que corresponde expedir el correspondiente certificado de tasación.

Considerando que interpuesto en su día recurso contencioso-administrativo contra la resolución recaída en el expediente promovido para la adjudicación de la tan meritada casa barata, en el que se acordaba no haber lugar a resolver sobre la misma, dada la situación en ignorado paradero de uno de los herederos de la causante propietaria de dicha casa, recayó sentencia de la Sala 4.ª de este Tribunal Supremo anulando, en parte, dicho expediente y acordando que previa la notificación del mismo en forma legal al referido heredero se dicta su resolución conforme a lo legalmente estatuido, por lo que en acatamiento a lo ordenado el Ministerio de la Vivienda, por resolución de 11 de octubre de 1965, de conformidad a lo dispuesto en el antes referido artículo 16 del Real

Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, adjudicó la casa, por herencia de doña Francisca Osuna Cappa, al heredero don Rafael Bouvier Osuna, como beneficiario de mejor título que los demás, si bien con la obligación, señalada en el expresado artículo, de abonar a los otros coherederos en metálico la parte que les corresponda, para lo que preciso era proceder a la correspondiente tasación, extremo éste objeto de discordia en el presente pleito, competencia de los órganos administrativos, como quedó señalado.

Considerando que consecuentemente a lo expresado, propuesto en la demanda, discutido en el pleito y resuelto en la sentencia cuanto se refiere a la tasación del inmueble adjudicado por vía administrativa al actor, materia, por tanto, ajena a la jurisdicción ordinaria, como regulada por el Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 8 de julio de 1922, es visto que al no entenderlo de tal forma el juzgador de instancia, conociendo de materia que no está atribuida a esta jurisdicción, incurrió en la infracción acusada en el tercero de los motivos del recurso, que por ello ha de ser estimado, haciendo innecesario el examen de los dos precedentes.

Y en su segunda sentencia establece:

«Considerando que de conformidad a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.745 de la Ley Procesal Civil, por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede, se revoca la sentencia apelada en el pronunciamiento que resuelve sobre la tasación o valoración del inmueble adjudicado al demandante, por cuanto no es materia atribuida a esta jurisdicción, dejando subsistentes los demás pronunciamientos del fallo de dicha sentencia, acomodados en lo que les puede afectar el extremo revocado.»

SUSTITUCION SI SINE LIBERIS DECESSERIT (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1972).

No habiendo fallecido todos los hijos de cuya falta de sucesión depende la purificación del fideicomiso, no se ha cumplido la condición del llamamiento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, revocatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Icod, conforme al siguiente único considerando:

Considerando que declaradas válidas por el Tribunal *a quo* las sustituciones fideicomisarias establecidas por don A. P. A. en sus testamentos de 4 de abril de 1892 y 22 de febrero de 1894, que, respectivamente, establecían: «Institute y nombra por sus únicos universales herederos a sus cuatro hijos naturales..., entendiéndose que por fallecimiento de cualquiera de ellos sin sucesión pasará la porción que corresponde al fallecido o fallecidos al o a los que sobrevivan», y «si tales hijos fallecieran sin ninguno dejar sucesión, pasen los bienes que hayan heredado del otorgante a los herederos abintestato del mismo, sin que la madre de aquéllos ni los herederos de ella tengan parte alguna de tales bienes», es evidente que la Sala de Instancia, al declarar en sus fallos: «Que el segundo llamamiento instituido en el testamento de 1894 ha quedado sin efectividad, habiéndose extinguido igualmente el fideicomiso del primer llamamiento, quedando, en consecuencia, los bienes adjudicados en la partición de 21 de mayo de 1960 en plena disponibilidad y enajenabili-

dad», ha interpretado erróneamente el artículo 775 del Código civil, puesto que no habiendo fallecido todavía todos los hijos no se ha cumplido la condición establecida en el segundo llamamiento, que, por tanto, queda vigente e impide que el heredero fiduciario pueda tener la libre disposición de los bienes heredados, procediendo, en consecuencia, la estimación de los motivos primero y segundo del recurso, en que por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es denunciada la errónea interpretación del artículo 781 y la violación del artículo 675 del Código civil.

DESHEREDACION. RECONCILIACION. SU DIFERENCIA DEL MERO PERDON. Artículo 856 del Código civil (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1972).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Orense, conforme a los siguientes fundamentos, de los que se desprenden claramente los hechos que la motivan:

Considerando que las cuestiones planteadas en este recurso son simplemente las siguientes: Primera: Si la cláusula tercera del testamento otorgado por don J. S. F., que literalmente dice: «Expresamente deshereda a su expresado hijo don José Luis Sierra Rodríguez, por la causa segunda del artículo 853 del Código civil, causa que será suficientemente probada si el desheredado la negare», reúne los requisitos formales que exige el artículo 849 del referido cuerpo legal para que pueda desplegar su eficacia la causa alegada, como el demandante sostenía, o carece de ellos, máxime cuando en dicho precepto existen dos subcausas: una, consistente en los malos tratos de obra, y otra, las injurias graves, cuya tesis sustenta el pretendido desheredado. Segunda: Si las frases vertidas por el don José Luis, en la carta obrante al folio 13 de los autos del Juzgado, que dirigió a su padre y que éste recibió, son constitutivos y merecen el calificativo de injurias graves, aludidas en aquel precepto, como entiende el demandante, o, por el contrario, dadas las tirantes relaciones que sostenían por entonces padre e hijo, carecen de importancia y no justifican la desheredación decretada por el dicho padre, como pretende el mencionado hijo. Tercera: Si aun admitido que la cláusula de desheredación estaba adornada de todos los requisitos que la norma le impone y aun supuesto que las frases vertidas en la aludida carta merecieran la calificación de gravemente injuriosas, han perdido su eficacia a tenor de lo dispuesto en el artículo 856 del Código civil, por la posterior reconciliación que la sentencia recurrida estima habida entre padre e hijo, como la misma proclama, o, por el contrario, y como sostiene el recurrente, los hechos en que dicha sentencia basa la existencia de la reconciliación no integran el concepto jurídico de la misma contenido en el referido artículo 856. Cuarta: Si aun supuesto que la cláusula de desheredación fuere perfecta en su formulación y gravemente injuriosas las frases vertidas en la carta que la provocó y que no ha habido verdadera reconciliación posterior que les privase de eficacia, la desheredación decretada no podría afectar a los hijos que don José Luis tuviere al tiempo de la muerte de su padre o que pudiera tener con posterioridad, según preceptúa el artículo 857 del Código, cuestión ésta que

la sentencia recurrida se plantea de una manera oficiosa, que resuelve en el sentido amplio que expresa en el quinto de sus considerandos y que también provoca un motivo del recurso.

Considerando que realmente todas las referidas cuestiones las resuelve la sentencia de apelación, al estimar acreditada la posterior reconciliación entre padre e hijo, alegada por éste, y que, a tenor de lo establecido en el artículo 856 del Código civil, priva al ofendido «del derecho de desheredar y dejar sin efecto la desheredación ya hecha»; a tal efecto, en el cuarto de sus fundamentos, la referida sentencia, literalmente, dice: «Que a mayor abundamiento y en todo caso se *acredita la reconciliación* que al reconvencional invoca el demandado, ya que la realidad de un perdón otorgado por el padre en aplicación precisa a las aparentes injurias hechas por escrito, queda en relieve analizando el *conjunto de las probanzas* que la aportan, con o sin fijación de su procedencia subjetiva, porque los testimonios aportados por el excepcionante o reconviniendo, emitidos por personas que intervienen y presencian la entrevista que celebran padre e hijo revelan, sin lugar a dudas, la finalidad conciliatoria, la petición de perdón, la concesión de éste y el abrazo que tras una y otra sellan las buenas relaciones, que quedan restablecidas—*sic*—, entre padre e hijo, rotundidad que no desdibuja siquiera la prueba actora...», por lo que concluye dicha sentencia; claro es que el perdón tiene la fuerza cancelatoria de que le dota el artículo 856 del Código civil.

Considerando que aunque al final de este fundamento la sentencia recurrida parece que quiere otorgarle al simple *perdón* «la fuerza cancelatoria de que le dota el artículo 856 del mencionado Código—cuando, en realidad, lo que ese precepto exige es la reconciliación—; sin embargo, lo cierto es que, además de emplear esta palabra, los hechos que dicha sentencia estima probados revelan que, efectivamente, hubo esa conciliación entre padre e hijo, pues aquéllos no hablan solamente de que se hubiese pedido y concedido el perdón, sino que aún añaden que tras aquella petición y concesión hubo un abrazo, que dejó restablecidas las buenas relaciones entre ambos, lo cual ya implica la acción de reconciliarse, que, conforme al Diccionario de la Lengua Española, equivale a «volver a las amistades o traer y acordar los ánimos desunidos», mientras que el perdón es sólo la «remisión de la pena merecida, de la ofensa recibida o de alguna deuda u obligación pendiente».

Considerando que, por tanto, si con el recurso interpuesto no logran enervarse esas afirmaciones fácticas y las concepciones jurídicas de la sentencia recurrida, ésta tendrá que quedar inalterable y ya será innecesario el examen y decisión de todas las demás cuestiones planteadas en el pleito y reproducidas en el recurso; en efecto, si se estima acreditada la posterior reconciliación que al reconvencional invoca el demandado o por el conjunto de las probanzas aportadas sobre ellas, las cuales revelan, sin lugar a dudas, la finalidad conciliatoria, la petición de perdón, la concesión de éste y el abrazo que tras una y otra sellan las buenas relaciones, que quedan restablecidas entre padre e hijo», y tales afirmaciones fácticas no fueran eficazmente combatidas por la única vía utilizable—el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, habrá que concluir proclamando que esa *reconciliación* tiene la fuerza cancelatoria que le confiere el artículo 856 del expresado Código y priva al ofendido del derecho de desheredar y dejar sin efecto la desheredación ya efectuada.

Considerando que, consiguientemente, resulta superfluo el examen y decisión de las demás cuestiones que se plantean en el recurso, porque: a) aunque la cláusula de desheredación hubiere cumplido los requisitos que exige la norma; b) aunque las—por lo menos—soeces e irrespetuosas frases dirigidas por el hijo a su padre merecieran el concepto de injurias

graves; c) aunque no perdieran esa calificación, a pesar de la existente animosidad manifiesta entre padre e hijo, tales injurias graves quedaban canceladas por la posterior reconciliación y no tiene tampoco que examinarse la eficacia que la cláusula de desheredación había de tener con referencia a los hijos del desheredado, que posteriormente logró reconciliarse con el testador.

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo parece partidario de distinguir entre el perdón y la reconciliación. La distinción podría establecerse desde el triple punto de vista de su origen, contenido y efectos.

Por su origen, el perdón es acto unilateral, procedente únicamente de la voluntad del testador; la reconciliación es acto bilateral, procedente de las voluntades del testador ofendido y del heredero ofensor.

Por su contenido, el perdón puede ser acto aformal, mientras que la reconciliación requiere ciertas formalidades, actos concluyentes reveladores del ánimo contrario a la injuria inferida en el ofensor y de la remisión en el ofendido.

Por sus efectos, ya que mientras el perdón por sí solo no priva del derecho a desheredar ni deja sin efecto la desheredación ya hecha, la reconciliación tiene ese alcance. La determinación de cuándo estaremos ante uno u otra es competencia de los Tribunales de instancia.

TESTAMENTO ANTE PARROCO EN ARAGON. SU NULIDAD. Artículo 91 de la Compilación aragonesa (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Declarada la nulidad del testamento ante capellán otorgado en Aragón, por sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Jaca, mantenedora ésta de su validez, el Tribunal Supremo se muestra partidario de la interpretación restrictiva de esta forma especial de testar, y en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Emilio Aguado González declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada, con base a las siguientes consideraciones:

Considerando que el examen del presente recurso debe comenzar por el último motivo, que es el que trata de error cometido en la apreciación de la prueba, como único fundado en la causa séptima del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser el que debe completar los elementos fácticos del proceso; en él, la Sala dice que la ausencia de Notario fue buscada de propósito por el demandado instituido heredero; que la distancia para acudir al Notario era más que suficiente para llegar a tiempo de otorgar el testamento, dada la proximidad de la Notaría respecto al domicilio del testador; que fue la propia esposa del demandado quien requirió la presencia del párroco, en un domicilio mucho más lejano, y acompañándole encontró después a los dos testigos, y que, finalmente, hubo tiempo de consignar por escrito las seis cláusulas testamentarias, cuatro de ellas sin atribución patrimonial; de leerse por el párroco el testamento, que firmarían él mismo y los testigos, antes del día siguiente, en que fallecía el testador, forzoso será concluir que hubo amplio margen de tiempo para llamar al Notario y que acudiera éste, por lo que al no suceder esto último se demuestra que la enfermedad, aunque mortal, no ofrecía el inminente peligro, a que se refieren el Código y la Compilación, o que el intervalo lúcido fue tan breve, que no hubiera dado tiempo a otorgar en la forma escrita, que

exige el testamento ante el párroco, la última voluntad del testador, caso en el cual el testamento hubiera sido verbal y no escrito, con evidente infracción de lo dispuesto en el artículo 91 de la Compilación, y todo ello en el supuesto de acreditar en autos el hecho de no ser racionalmente posible la intervención notarial, prueba no intentada siquiera por el demandado; a todo lo que se opone por el recurrente que frente a esta forma de apreciar las pruebas por parte de la Sala está debidamente probado que el Notario titular de Jaca se encontraba en uso de licencia reglamentaria, pero esta aseveración no es hecha mediante documento auténtico, que ponga de relieve la equivocación manifiesta del juzgador, quedando fuera de esta prueba que hubiera otro Notario sustituto; por tanto, no se cumplen las condiciones que para mostrar el error de hecho exige la ley, con lo que el motivo frente a las observaciones del Tribunal carece de fuerza legal.

COMENTARIO.—Existen fundadas razones morales y jurídicas para establecer el principio de la interpretación restrictiva de las formas testamentarias especiales, ya que lo contrario, lo especial, se convertiría en general o común no tanto por simple razón de comodidad, sino incluso de mala fe en personas próximas físicamente a los últimos momentos de vida, cuya voluntad manipulan conforme a sus intereses.

LEGADO MORAL. INCUMPLIMIENTO DE CARGA. PARTICION. *Artículos 797 y 1.068 del Código civil (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1972).*

Acreditado el incumplimiento de la carga, consistente en atender a un hermano incapaz, impuesta al legatario por el testador, el Juzgado de Primera Instancia de Lugo decretó la pérdida del legado por el legatario, sentencia que fue confirmada por la de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Recurrida esta sentencia por el demandado y apelante, 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, conforme a los siguientes fundamentos:

Considerando que tanto en el motivo primero como en el segundo, amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, consistentes en violación de los artículos 1.068, 797 y 392 del Código civil, y en infracción por igual concepto de los artículos 791, 797 (en relación con el 1.114) y 675 de idéntico cuerpo legal, al acumularse preceptos con supuestos distintos, cuyo examen requiere razonamientos diferentes, se origina el confusiónismo consiguiente, opuesto a la claridad exigida en el artículo 1.720 de la Ley procesal mencionada, lo que integra, por aplicación de lo que se dispone en el número 4 del artículo 1.729 de dicha Ley ritual, causa de inadmisión, y en el actual estado procesal, de desestimación de los motivos citados; pero es que, además, y por lo que concierne a las infracciones aducidas en el motivo primero, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: A) La violación del artículo 1.068 está basada en que hecha la partición de los bienes del padre de los litigantes desapareció la comunidad hereditaria, por lo que no cabe decir, como se expresa en la sentencia recurrida, que el hoy recurrido actúa en beneficio de esa comunidad y es evidente no se ha producido la infracción alegada, ya que en dicho precepto se determina el efecto principal de la partición, cual es la simple transformación de lo abstracto en concreto—sentencias de 20 de enero y de 6 de mayo de 1958—, es decir, se opera el cambio de

un derecho impreciso, antes de la partición, en otro que se individualiza sobre bienes ciertos, que, por el mecanismo de la partición, ingresan en el haber particular de cada heredero, supuesto que no es el de antes, porque no fue objeto de la controversia en la instancia la titularidad dominical de los herederos respecto a los bienes que les fueron adjudicados, sino el alcance del legado ordenado en la cláusula cuarta del testamento otorgado el 8 de febrero de 1951 y las consecuencias derivadas del incumplimiento de la carga impuesta al hoy recurrente, como legatario designado, los cuales fueron previstos y establecidos por el testador, consistentes en «la transferencia sucesiva del legado a sus otros hijos José, Amparo, Aurea y Ermitas, por el orden expresado, quedando excluidos los demás»; así, pues, tanto en lo relativo a la persona que en tal supuesto sustituyese al legatario primeramente designado como en lo referente a los bienes del legado, también señalados en dicha cláusula, no existe ninguna inconcreción, por lo que falta la base necesaria para la aplicación del artículo 1.068 del Código civil, que, como cuestión nueva, se plantea en el motivo. El hoy recurrido no formuló la demanda, que originó el proceso 112 de 1968, en beneficio de la comunidad hereditaria, como patrimonio universal de los bienes, unidos transitoriamente por la delegación hereditaria, que, como tal, efectivamente desapareció por la partición de ellas, sino en su propio nombre y en beneficio de los herederos llamados a sustituir al legatario, a virtud de lo dispuesto por el testador, y en tal sentido lo razona el Tribunal de instancia—considerando tercero de la sentencia impugnada—; por tanto, tampoco fue planteada en la instancia la cuestión relativa a si la institución del legado implica o no una comunidad de derechos, en la que fundamenta la violación del artículo 392, cuestión que, al igual que la anterior, es totalmente nueva; lo alegado y discutido en la instancia, según los escritos de las partes, fue lo de si el hoy recurrente cumplió o no la carga impuesta en el legado y la procedencia, en su caso, de la pérdida del legado. B) La violación del artículo 797 la fundamenta el recurrente en que «sólo está legitimado activamente para instar la extinción del legado quien reúna esta doble circunstancia: sustituir al legatario, por estar comprendido en el orden sucesivo previsto en la base segunda, en forma tal que deferido a uno quedan excluidos los demás, y que el sustituto cumpla las obligaciones de tener en su casa y compañía al incapaz, alimentándolo, cuidándolo y asistiéndolo, sano o enfermo». El artículo 797 fue aplicado por el Tribunal *a quo*—considerando quinto de la sentencia del Juzgado, que fue aceptado—para determinar la ineficacia de las ventas de los bienes del legado efectuados por el legatario, y es indudable que, según la cláusula cuarta del testamento mencionado, el legado fue ordenado por expresión del fin u objeto del mismo y de la aplicación o destino que había de darse a los bienes que lo integran; que el llamamiento de sucesivos legatarios habría de producirse por el orden establecido, por premoriencia del primeramente designado o por incumplir éste la carga que se le impuso; que no es de naturaleza condicional, sino modal, de conformidad con el artículo 797, ya citado, porque el derecho del legatario a adquirirlo se produjo por el solo hecho de aceptarlo y no quedó supeditado al cumplimiento de la obligación de atender al incapaz, si bien habría de asumir la obligación de cumplir dicha carga impuesta, que no cumplió el recurrente, según la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada—considerando quinto—, que ha de ser aceptada, por no haber sido combatida eficazmente, naturaleza modal admitida por el recurrente al expresar «que el legado de que se trata es una institución modal comprendida en el artículo 797 del Código civil». C) Los razonamientos anteriores son perfectamente aplicables a las infracciones alegadas en el motivo segundo, dada la similitud de los argumentos utilizados.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

CUESTION DE COMPETENCIA: INHIBITORIA: *No puede hacerse responsable a las partes del retraso en que hayan podido incurrir los Juzgados contendientes* (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1971).

La sociedad limitada «Mayfer», domiciliada en Valladolid, interpuso demanda ante el Juzgado número 1 de esta capital sobre reclamación del pago de una letra de cambio más intereses y gastos de protesto. La deudora promovió cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado número 3 de Madrid, alegando que la cambial tiene como domicilio Madrid, por lo que es evidente la competencia de estos Tribunales. El Juzgado de Madrid se declaró competente, pero la parte actora se opuso diciendo que ya había sentencia firme en el procedimiento, por lo que suplicaba se negase la inhibición, negándola el Juzgado de Valladolid. Elevados los autos al Tribunal Supremo, éste resolvió la cuestión a favor del Juzgado de Madrid, en base a la siguiente doctrina:

Si bien el requerimiento de inhibición hecho al Juzgado de Valladolid entró en el mismo después de haber dictado éste sentencia de remate, por lo que entendió que se había planteado fuera de plazo la cuestión, hay que tener en cuenta que la demandada planteó la cuestión dentro de plazo, no siéndole imputable el retraso del Juzgado, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal. No puede hacerse responsables a los litigantes del retraso injustificado en que hayan incurrido los Juzgados contendientes. Al tratarse de acción ejecutiva cambiaría es de aplicación la regla primera del artículo 62 de la L. E. C., ya que además de estar domiciliada la letra en Madrid, en esta capital tiene su domicilio el deudor.

INHIBITORIA: *Planteada la cuestión entre el Juzgado del domicilio del actor y el del lugar donde debía depositarse la mercancía vendida, que no era el domicilio del demandado, debe ser competente el primero, conforme al número 1 del artículo 62 de la L. E. C.* (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1971).

Devueltas impagadas dos letras giradas para pagar unos camiones de patatas enviadas de Nájera a un almacén de Barcelona, siendo el comprador vecino de Mataró, se interpuso demanda ante el Juzgado de la población riojana para reclamar el pago de aquella cantidad. El demandado propuso cuestión de competencia ante el Juzgado número 13 de Barcelona, por considerar que, conforme a la regla 1.ª del artículo 62 de la L. E. C., se ejercita una acción personal, siendo competente el Juzgado del lugar donde debe cumplirse la obligación. El actor se opuso diciendo que la acción dimanaba de una compraventa mercantil y el com-

petente debe ser el Juzgado de Nájera, por estar en su territorio el lugar del cumplimiento del contrato, puesto que la mercancía viajaba por cuenta y riesgo del comprador. El Juzgado de Barcelona desistió del requerimiento de inhibición formulado por el demandado, pero éste apeló ante la Audiencia Territorial, que declaró competente al Juzgado de Barcelona.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Jacinto García Monge, declara competente al Juzgado de Nájera, ya que la acción se refiere al pago del precio de una compraventa mercantil y el demandado vive en Mataró, por lo que Barcelona no es su domicilio y no se deben aplicar las normas sobre competencia del domicilio del demandado, debiendo prevalecer la del domicilio del actor, conforme al número 1 del artículo 62 de la L. E. C.

INHIBITORIA: Si no consta de manera clara la existencia del contrato preparatorio, por cuyo incumplimiento se reclama la indemnización de daños y perjuicios, debe prevalecer la competencia del domicilio del demandado (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1971).

Reclamada indemnización de daños y perjuicios a los demandados por incumplimiento de un contrato, o mejor, acuerdo fundacional de una sociedad, ante el Juzgado de Primera Instancia de San Roque, se promovió por éstos cuestión de competencia ante el número 5 de Málaga, negando la existencia del convenio aducido por el demandante y diciendo que al ejercitarse una acción personal debe ser competente el del domicilio del demandado, conforme al artículo 62 de la L. E. C. Declarándose competente el Juzgado de Málaga requirió de inhibición al de San Roque, que no admitió la misma, ya que existían indicios suficientes para declarar el acuerdo fundacional de la sociedad mercantil y es en el territorio de este Juzgado donde se han causado los perjuicios que el actor reclama en este litigio, por ser el lugar donde se ha incumplido la obligación, citando jurisprudencia favorable a esta competencia, que admite como suficientes a estos efectos los documentos privados suscritos por las partes, como principio de prueba para este fin.

El Tribunal Supremo declara competente al Juzgado de Málaga por no determinarse de forma precisa la existencia del convenio fundacional de sociedad, no existiendo lugar preciso del mismo, por tanto, ya que si unas compraventas se habían de realizar en Algeciras, el domicilio de la futura sociedad sería Granada, disparidad de domicilios que demuestra la imposibilidad de fijar el lugar de celebración del contrato, por lo que el único fuero debe ser el del domicilio del demandado, es decir, Málaga.

C. R. R.

NO CABE RECURSO DE CASACION CONTRA LAS SENTENCIAS CIVILES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DICTADAS EN APELACION, AL AMPARO DE LA LEY DE 20 DE JUNIO DE 1968 (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1972).

Cierta entidad bancaria afianzó una reclamación formulada por dos particulares ante el Tribunal Económico Administrativo Provincial de Madrid, respecto a liquidación girada en concepto de Impuesto de Ren-

dimientos del Trabajo Personal. A requerimiento de la Delegación de Hacienda, el Banco garante hubo de hacer efectiva la cantidad afianzada (41.925 pesetas), y para recuperarla demandó en cognición, ante el Juzgado Municipal número 11 de Madrid, a los dos fiados. Estos alegaron insuficiencia de poder en el procurador de la entidad demandante y prescripción de la deuda tributaria por ella abonada. El Juez municipal, sin embargo, acoge íntegramente la demanda y lo mismo hace, en apelación, la Audiencia Provincial. Pretenden entonces los demandados la casación por quebrantamiento de forma y la preparación de la por infracción de ley, pero el Tribunal Supremo deniega ambas posibilidades mediante la siguiente e interesante sentencia:

Considerando que modificada la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales por Ley de 20 de junio de 1968, estas últimas conocen del recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en juicios promovidos ante los Juzgados Municipales y Comarcales, antes atribuido a los Juzgados de Primera Instancia, en los términos establecidos en dicha Ley; mas tal modificación de competencia no supone en modo alguno, y así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, que los juicios iniciados ante dichos Juzgados Municipales y Comarcales tengan acceso a la casación, puesto que, como queda expresado, por virtud de dicha Ley las Audiencias Provinciales sustituyen en su función jurisdiccional a la antes atribuida a los Juzgados de Primera Instancia respecto a los procedimientos expresados, y en modo alguno puede la citada Ley ser interpretada en el sentido de otorgar el recurso de casación a procesos que ya con anterioridad carecían del mismo, no siendo aplicable a éstos el artículo 1.689 de la L. E. C., razones que determinan la desestimación del recurso interpuesto, con las consecuencias ordenadas en el artículo 1.877 de la Ley Procesal Civil, en cuanto al pago de costas por el recurrente y pérdida del depósito constituido, y declarando igualmente, por los anteriores fundamentos, no haber lugar a lo solicitado por medio de otrosí en el escrito de interposición del recurso, amparándose en el artículo 1.768 de la citada Ley Procesal.

RESOLUCION DE CUESTION DE COMPETENCIA: EN UN CONTRATO COMPLEJO DE VENTA CON SERVICIO TECNICO ANEJO ES COMPETENTE EL JUZGADO DEL LUGAR DE CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1972).

Don Antonio Ortiz Lara celebró con la compañía «Insecticidas Cóndor, S. A.», un contrato complejo, por el que ésta había de suministrar a aquél un herbicida y aplicarlo, mediante sus técnicos, en una parcela perteneciente a don Antonio, que se destinó al cultivo de cebollas. Como consecuencia, al parecer, de la deficiente realización del tratamiento herbicida, la plantación se malogró y la cosecha fue muy escasa, razón por la cual don Antonio reclamó ante el Juzgado de Primera Instancia de Baeza, a cuyo Partido pertenecía la finca, los correspondientes daños y perjuicios cerca de la entidad «Cóndor». Esta planteó cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Durango, que era el lugar donde se perfeccionó el contrato y donde la demanda tenía su domicilio, porque entendía que estas circunstancias, conforme a la regla 1.ª del artículo 62 de la L. E. C., y a falta de «lugar en que debía cumplirse la obligación», determinaban la competencia del Juez de Durango. El Tribunal Supremo, en ponencia de don José Beltrán de Heredia y Castaño, desestima la inhibitoria y confirma la competencia

del Juzgado de Baeza, fundándose su fallo en el siguiente único considerando:

Considerando que de todos los documentos oportunos acompañados por las partes con la demanda y con el escrito en que se suscita la presente cuestión de competencia por inhibitoria, aparece que la acción ejercitada se dirige a reclamar no el cumplimiento de un simple contrato de compraventa, sino una indemnización de daños y perjuicios ocasionados en la ejecución de un contrato complejo de venta de cebollas y su plantación en una finca del demandante, con la previa e indispensable operación preparatoria del terreno aplicando el herbicida adecuado, que fue llevada a cabo por técnicos de la entidad suministradora y demandada en la indicada finca del demandante, por lo que el lugar en que ésta se encuentra enclavada debe ser, como sitio donde había de cumplirse el contrato y se ocasionaron los daños que se alegan—de acuerdo con la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de que se hace eco el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe—, el decisivo a los efectos de la discutida competencia, que, en su consecuencia, deberá atribuirse a los Jueces y Tribunales de la ciudad de Baeza.

LOS ESCRITOS DE LAS PARTES NO SON DOCUMENTOS AUTENTICOS A LOS FINES DE LA CASACION. EFECTOS DE LA PROMESA DE VENTAS. ARRAS (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1972).

En 10 de marzo de 1969, don Marcelo Calafell Masot, arrendatario de un negocio o industria de panadería, celebró un contrato con don Mario Blasi Sinfrau, intervenido por agente de la Propiedad Inmobiliaria. En ese contrato, el señor Calafell manifestó su voluntad de vender su negocio de panadería por el precio de 1.350.000 pesetas, compraventa que se llevaría a efecto el 18 de mayo siguiente y por la que el futuro comprador anticipaba en el acto 100.000 pesetas en concepto de arras, sujetas al artículo 1.454 del Código civil. El día acordado para celebrar el contrato definitivo, el vendedor no se personó, y a la vista de ello y tras requerimiento notarial e infructuosa conciliación, el futuro comprador demanda en juicio declarativo de mayor cuantía el cumplimiento específico del que calificaba precontrato de compraventa; opónese el señor Calafell, y sin trámite de prueba, por quedar reducida la controversia a una cuestión meramente jurídica sobre el alcance del contrato de 10 de marzo, el Juez de Primera Instancia acoge la demanda en sus propios términos; apelado el fallo, la Audiencia lo confirma, si bien modificándole en el sentido de que el demandado quedará liberado de otorgar el definitivo contrato de venta si en el plazo que el Juez oportunamente señale paga al actor la cantidad de 200.000 pesetas, como importe de las arras duplicado. Recurre entonces el demandante, alegando: 1.º, error de hecho en la apreciación del documento de contestación; 2.º, infracción del artículo 1.451 del Código civil, al consentirse la liberación del demandado mediante el pago del duplo de las arras; 3.º, incongruencia con las pretensiones de las partes, y 4.º, contradicción entre las disposiciones de la sentencia de la Audiencia, ya que acoge, por un lado, la acción de cumplimiento de contrato y, por otro, la acción resolutoria del mismo derivada del artículo 1.454 del Código civil.

Considerando que el error de hecho, que en el primer motivo se alega por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, cita como documento, del que se evidencia el error padecido, el escrito de contestación a la demanda, razón por la cual no tiene posibilidad de éxito, puesto que lo tiene declarado con reiteración esta Sala, que ni los escritos de las partes ni las manifestaciones vertidas en la contestación a la demanda (sentencias de 27 de enero de 1935, 13 de julio de 1936, 10 de abril de 1947 y 16 de mayo de 1961, entre otras muchas) tienen el carácter de documento auténtico a efectos de casación.

Considerando que la misma suerte desestimatoria han de correr los tres restantes motivos articulados, el segundo por la vía del número 1, el tercero por la del número 2 y el cuarto por la del número 4, todos del artículo 1.692, y en los que, respectivamente, se denuncia violación de doctrina legal y aplicación indebida del artículo 1.454 del Código civil, incongruencia con infracción del artículo 359 de la L. E. C. e incongruencia por contener el fallo disposiciones contradictorias, y ello por las siguientes razones: A) En cuanto al motivo segundo, porque al partir del supuesto, base del razonamiento, de no haber existido allanamiento por parte del demandado al pago de las arras duplicadas, cuando la Sala estimó la existencia del mismo, hace supuesto de la cuestión al partir de premisa fáctica contraria a la que, al ser desestimado el motivo primero, ha quedado sin modificar y, por tanto, ha de servir de base a la premisa jurídica. B) En cuanto a los motivos tercero y cuarto, porque ambos, el primero de ellos al no citar el concepto en que se estima infringido el artículo 359 de la Ley Procesal, y el cuarto, al no citar dicho artículo como infringido, han incurrido en causa de inadmisión, según reiterada doctrina de esta Sala, al vulnerar lo deducido o dispuesto en los artículos 1.720 y 1.729, número 4; inadmisión que en el estado actual de los autos deviene en causa de desestimación.

El problema ha llegado al Supremo bastante desvirtuado y tampoco hace éste demasiados esfuerzos por darle un contenido más doctrinal a su fallo. Parece que parten nuestros magistrados de la función penitencial de las arras pactadas en el contrato de 10 de marzo, con base en que los contratantes habían dicho de ellas que estaban «sujetas al artículo 1.454 del Código civil». Le es posible entonces al vendedor el arrepentimiento en las condiciones (devolución del duplo) que se previenen en ese precepto y no ha lugar a cuestionarse los efectos que la promesa bilateral de venta hubiese podido desencadenar en orden a su cumplimiento específico. Es decir, que la doble posible problemática que pudo haberse suscitado, a saber, función de las arras y ejecución específica (o supletoriamente por el Juez) del contrato definitivo de compraventa se han hurtado a la consideración del Supremo, porque la segunda cuestión viene resuelta por la existencia de arras y porque la finalidad de éstas no ofrece dudas. El recurso se articula y desestima entonces por otros motivos adjetivos de menor interés.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA CON LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES. SE INCURRE EN ELLA CUANDO HABIENDOSE SOLICITADO LA INEXISTENCIA O LA NULIDAD DE CIERTOS CONTRATOS SE DECLARA SU CALIFICACION DE FIDUCIARIOS, PARA LA QUE NADA ADUJO LA CONTRAPARTE (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1972).

En 1948, y por contrato privado suscrito entre don Julián Cristóbal y don Pedro Eguiluz, éste cedía un solar de su propiedad al primero, contratista de obras, para que edificase un inmueble, cuya planta baja

correspondería a don Pedro y el resto a don Julián. Como el solar se hallaba inscrito a nombre del señor Eguiluz, todos los trámites—calificación de vivienda bonificable, hipoteca con el Banco Hipotecario, etc.—se efectuaron a su nombre. Una vez construido el edificio cada parte se posesionó de las plantas acordadas, pero sin elevar a escritura pública la permuta de obra por solar efectuada en 1948 ni inscribirla, por tanto, en el Registro de la Propiedad. El goce de los pisos por cada titular fue «relativamente» pacífico hasta que en 1960, y para garantizar un crédito de 500.000 pesetas derivado de suministros de materiales que don Julián tenía contraído con un proveedor suyo, don Jesús Zárate Peña, se otorgan dos contratos privados, que serían el objeto del pleito. A tenor del primero, don Pedro Eguiluz, que no era su propietario, pese a aparecer como tal en el Registro, vende a don Jesús Zárate las plantas elevadas del edificio litigioso y dice haber recibido como precio 500.000 pesetas. Conforme al segundo, don Julián Cristóbal declara haber recibido de don Pedro Eguiluz las 500.000 pesetas, que éste, a su vez, había percibido del señor Zárate por la venta de los pisos. El motivo de esta doble operación no era otro, al parecer, que el de garantizar, como hemos dicho, un crédito por suministro (cuya cifra era la que aparecía como precio en las dos compraventas), haciendo intervenir para ello a quien formalmente aparecía como propietario de los inmuebles vendidos en garantía.

Don Julián, a la vista de las perturbaciones de que comenzaba a ser objeto en la posesión efectiva de sus pisos, que no abandonó nunca, formula demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando la nulidad por simulación absoluta de los contratos celebrados en 1960 y la elevación a escritura pública del de permuta de obra por solar de 1948. Se oponen los demandados (don Pedro Eguiluz y don Jesús Zárate) alegando la realidad de aquellos contratos y Primera Instancia acoge la demanda en casi todas sus partes. La Audiencia Territorial revoca el fallo, declarando que se había efectuado un negocio fiduciario de incontestada efectividad, y recurrido el fallo, entre otros motivos, por incongruencia con las pretensiones de las partes, pues sólo se había instado o la simulación o la realidad de los contratos de compraventa citados, el Tribunal Supremo acoge el recurso por dicho motivo, sin entrar en el examen de los demás, y se remite a la sentencia de Primera Instancia para la resolución de los demás pedimentos.

Considerando que si bien es cierto que según constante y repetida jurisprudencia de esta Sala, reflejada, entre otras, en sus sentencias de 31 de mayo de 1960 y 24 de febrero de 1966, los Tribunales gozan en nuestros ordenamiento positivo de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aun cuando no la hubieran invocado los litigantes, no lo es menos que tal derecho no puede ser interpretado en un sentido tan amplio que autorice a sus titulares a rebasar los límites que en materia civil establece el artículo 359 de la Ley de Trámites, cuando al acoger el principio de la congruencia subordina la actuación de dicho organismo a la iniciativa privada de los interesados, de cuya voluntad, salvo lo dispuesto para casos concretos en los artículos 743, 1.818 y otros (1) del precepto, sino también la determinación de los problemas que en el mismo deban decidirse, cuyo acotamiento necesariamente habrá de hacerse en los escritos reseñados en los artículos 524, 540 y 548 de la mencionada Ley, como se infiere del contenido de la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1928.

Considerando que es consecuencia de lo acabado de exponer la necesidad de que entre la parte dispositiva de una resolución jurídica y las pretensiones oportunamente deducidas por los contendientes durante la

(1) Sin duda falta en el original una frase de poco más o menos el siguiente tenor "dependen no sólo la elección..."

fase expositiva del pleito exista la máxima concordancia y correlación, tanto en lo que afecta a los sujetos integrados en la relación jurídico procesal como en lo que atañe al elemento objetivo en torno al cual gira la controversia, de tal suerte que los Tribunales ajustarán su decisión a los hechos alegados por las partes en sus respectivos escritos y a la acción que se hubiere ejercitado sin que les sea lícito modificar uno y otros ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, porque de lo contrario se contravendría la doctrina establecida por los principios generales del Derecho: *Quod no est in actis non est in mundo* y *Sententia debet esse conformis libello*, y podrían quedar uno o varios de los litigantes sin la posibilidad de rebatir esos problemas, con la indefensión que ello llevaría consigo, y como en el presente caso el actor ejercitó en su demanda una acción encaminada a obtener la declaración de *inexistencia jurídica* de los documentos privados de 10 de febrero de 1960, por simulación absoluta, o supletoriamente, la de su nulidad, «por falta de causa y consentimiento viciado por error sustancial que los invalida», o la nulidad del primero de los de esa fecha, «por falta de capacidad del vendedor», y la resolución impugnada fundamenta su decisión en la existencia de un negocio fiduciario concertado entre los litigantes para garantizar con la venta de determinados inmuebles el cobro de un crédito existente en favor de uno de los demandados, sin que ellos adujeran hechos ni fundamentos jurídicos que permitieran llegar a esa conclusión, es evidente que al apoyarse en elementos fácticos no aducidos por las partes y acoger una acción no invocada por el demandante incurrió en el vicio de incongruencia, que se denuncia en el primer motivo del recurso con apoyo en la norma segunda del artículo 1.692 de la citada Ley, por lo que el motivo debe prosperar sin que sea posible entrar en el análisis de los restantes.

NO PROCEDE LA REVISION DE UNA SENTENCIA DICTADA EN REBELDIA, AUNQUE EL PROCURADOR DEMANDANTE CONOCIERA EL DOMICILIO DEL DEMANDADO (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1972).

Doña María Natividad Redondo Marín había facilitado a crédito a don Francisco Fernández Durán diversos materiales para instalaciones eléctricas, que importaban 21.023 pesetas, las cuales reclamó mediante el correspondiente juicio de cognición ante el Juzgado Municipal de Soria. El demandado, contratista de obras, y obligado seguramente por ello a frecuentes cambios de domicilio, fue declarado en rebeldía, tras infructuoso «emplazamiento efectuado en legal forma», y condenado al pago de la cantidad reclamada, la que se hizo efectiva sobre una fianza que tenía constituida en la Caja General de Depósitos de Soria para garantizar la contrata de ciertas obras a él adjudicadas en una localidad de la provincia. Enterado del fallo y su ejecución en el momento de ir a retirar la susodicha fianza, don Francisco Fernández insta entonces un proceso de revisión de la sentencia del Juez municipal, por estimar que se había cometido contra él una maniobra fraudulenta, ya que el procurador de doña María Natividad conocía su domicilio por otro asunto distinto y, además, hubieran podido averiguarlo a través del expediente de contrata a que la fianza se contraía. Tramitado el mal llamado recurso de revisión por la vía de los artículos 1.796 a 1.810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y previo informe desfavorable del Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo no da lugar al mismo, con base en la siguiente argumentación:

Considerando que para la efectividad del recurso de revisión es, en primer lugar, indispensable acreditar en forma inequívoca dentro del plazo de tres meses, fijado en el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así lo tiene establecido la constante y reiterada doctrina de esta Sala, por lo que la existencia de unas conferencias telefónicas celebradas por el recurrente y el que dos testigos afirmen haberse hallado presentes cuando fueron celebradas no acredita, en la forma dicha, que el recurrente tuviera conocimiento de la sentencia dictada contra él en la fecha en que tales conferencias fueron celebradas, siendo esta concreción del comienzo del plazo de caducidad bastante para que el recurso hubiera de ser declarado improcedente.

Considerando que, con independencia de lo establecido en el anterior, tampoco ha sido acreditado que ni por la actora ni por su procurador fuera conocido el domicilio del demandado, toda vez que la carta de aquél está dirigida a domicilio distinto del que se dice del demandado, no siendo bastante, aun cuando hubiera tal identidad, que el citado procurador le dirigiera una carta con motivo de un procedimiento distinto, puesto que la posible falta de memoria del mismo no puede asimilarse al fraude denunciado, y, por otra parte, el que constara el domicilio, hecho en forma alguna acreditado, en el expediente de fianza existente en el Ayuntamiento tampoco es prueba del denunciado ánimo doloso de la actora, motivos por los cuales no puede estimarse el fraude denunciado, debiendo, por tanto, declararse improcedente el recurso de revisión interpuesto...

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO SE DA ENTRE CONSTRUCTOR Y ARQUITECTO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DE DAÑOS OCASIONADOS POR CONSTRUCCION DEFECTUOSA (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1972).

Acaecida la muerte de un empleado de una sociedad como consecuencia de accidente *in itinere* causado por la caída sobre él de la tapia de una obra en construcción, por cuyo lado transitaba, la entidad empleadora se vio obligada a satisfacer la correspondiente indemnización a sus herederos, pero subrogándose entonces en las acciones de éstos reclama de los constructores de la valla la cifra pagada, con base en la responsabilidad extracontractual consagrada por el artículo 1.909 del Código civil. Primera Instancia acoge la demanda, pero la Audiencia revoca su sentencia por aplicar de oficio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario entre constructor y arquitecto, que, a su juicio, se desprende de ese precepto. El Tribunal Supremo discrepa de esa conclusión sentando la cabal interpretación procesal de dicho artículo.

Considerando que en el segundo motivo del recurso interpuesto, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción de ley por interpretación errónea del artículo 1.909 del Código civil, en relación con los artículos 1.902, 1.903 y 1.591 del mismo Código, y de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las fechas que se cita; en efecto, según el artículo 1.909 del Código sustantivo: «Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto o, en su caso, contra el constructor dentro del tiempo legal»; este artículo, por la conjunción adversativa (*sic*) que emplea, demuestra bien claramente que en el caso de autos no se podrá apreciar la excepción de litiscon-

sorcio pasivo necesario, puesto que el precepto no dice que la demanda se presente *simultáneamente* frente al arquitecto y el constructor, sino que atendida la probable «causa» del daño, se dirija primeramente contra uno u otro; si en el pleito resulta clara su responsabilidad, se dictará sentencia condenatoria, y si aparece no comprobada o, al menos, dudosa, se le absolverá; solamente en este caso podrá volver a ejercitarse la acción contra el otro que aparezca como responsable del daño de los dos que menciona el artículo, y en el presente caso aparece bien claro: A) Que en todo el curso de la litis no aparece para nada el arquitecto hasta llegar a la sentencia proferida por la Audiencia. B) Que la única excepción, en cuanto al fondo del asunto, opuesta por los demandados comparecidos fue la del «caso fortuito», siendo debidamente estudiada en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia para ser desestimada después. C) Que si la verdadera «causa» del hundimiento, según se expresa en la dicha sentencia del Juzgado «y se colige de los informes periciales obrantes en las diligencias previas referidas, fue que la tapia derruida carecía de las condiciones necesarias de seguridad, por falta de reforzamiento, para resistir los agentes meteorológicos propios de la estación», los demandados no han opuesto que esta falta de reforzamiento implicase un vicio del suelo o de la dirección o que el arquitecto les hubiese obligado a construir la pared así, coparticipando en la responsabilidad contraída por ellos, lo que hubiera supuesto, en este caso, la necesidad del litisconsorcio necesario, que la Sala sentenciadora aco-ge de oficio.

J. M. R. P.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LAS PLUSVALIAS DE LOS BIENES EXPROPIADOS (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1973).

I. ANTECEDENTES

1. El 29 de septiembre de 1948, la Comisaría General para la Ordenación Urbana de Madrid y sus alrededores procedió a expropiar la finca número 1 del sector de El Calero. Por incomparecencia de los propietarios, que no eran conocidos, se siguió el procedimiento con la intervención del Fiscal municipal.

2. En el momento de iniciarse el expediente expropiatorio, la finca era rústica.

3. Tramitada la expropiación forzosa por el procedimiento de urgencia, la Comisaría procedió a ocupar la finca. Y una vez ocupada llevó a cabo la urbanización del sector, lo que supuso:

a) Por lo pronto, la pérdida de una importante porción de terreno para viales, parques y jardines, zonas verdes, exigida por la ordenación de la zona.

b) Y, además, la inversión de cantidades considerables.

Consecuencia de esta actuación urbanística, el suelo rústico se convirtió en suelo urbano. Pero de toda la superficie inicial de «suelo bruto» sólo una parte se convirtió en suelo urbano neto edificable.

4. Cuando ya está consumada la urbanización—veinte años después—da señales de vida la representación de los propietarios, que intentan cobrar toda la superficie inicial bruta que les había sido expropiada como suelo urbano. El justiprecio que pretenden cobrar es el correspondiente a solar.

5. El Jurado Provincial de Expropiación de Madrid, el 26 de marzo de 1971, dicta acuerdo fijando el justo precio. Y lo hace multiplicando por los metros cuadrados que constituyen la superficie total inicial el valor que corresponde al metro cuadrado de solar en la zona (3.300 pesetas metro cuadrado).

6. La Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid interpuso recurso de reposición contra el Jurado, y desestimado éste, el contencioso-administrativo, que es resuelto por sentencia de la Sala 1.ª de la Audiencia Territorial de Madrid de 26 de abril de 1972, en la que se estimó parcialmente el recurso, al considerar que de la cantidad fijada en concepto de justo precio por el Jurado hay que deducir las realmente invertidas por la Administración Pública en urbanizar la finca. Pero no tenía en cuenta para nada la considerable porción de terreno no edificable que hubo que perder para llegar a convertir el suelo rústico en urbano.

7. Interpuesto por la Comisión del Area Metropolitana recurso de apelación, fue resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1973.

II. LA SENTENCIA DE LA SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE MAYO DE 1973

En esta trascendental sentencia del Tribunal Supremo (del que fue ponente Angel Falcón García) se sienta por primera vez una correcta doctrina sobre las plusvalías de los bienes expropiados como consecuencia de la actuación administrativa. En su considerando segundo se dice: «Que tal cuestión ha sido resuelta por la sentencia apelada, aplicando, de conformidad con lo decidido por el Jurado Provincial, para la evaluación del terreno, el asignado por el índice municipal a los efectos del arbitrio de plusvalía, que es la norma contenida en el artículo 38 de la Ley de Expropiación vigente para el justiprecio de los solares, descontando del mismo el coste de la urbanización efectuada por el organismo expropiante, para así no incluir en el precio las plusvalías derivadas directamente de estas obras, causa de la expropiación; pero este sistema valorativo, aparentemente adecuado, no lo es, en realidad, desde el momento en que tal finca como se encuentra en el momento de su valoración ha llegado a esa situación por la urbanización del sector, para lo que ha sido preciso la cesión de terrenos con el fin de que pudieran constituirse una serie de solares enclavados, como es obligado entre vías públicas totalmente urbanizadas, y con las zonas verdes y deportivas exigidas en los planes de ordenación; de aquí resulta que además de la deducción que la sentencia apelada efectúa por el coste de las obras de urbanización, como mejora del plan causante de la expropiación, ha de efectuarse también la del tanto por ciento del sector que no llegó a adquirir la condición de solar, en beneficio de la finca, y que igualmente es una consecuencia directa de las obras realizadas por el organismo expropiante; en este punto ha de accederse a la pretensión de la apelante, Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid, si bien no en toda su integridad, sino tan sólo apreciando que la valoración efectuada por la sentencia apelada ha de aceptarse en un 50,5 por 100, pues ésta es la superficie edificable que resulta del apartado tercero de la certificación obrante al folio 8 de los autos de Primera Instancia, porcentaje en el que participan los terrenos expropiados como consecuencia de la distribución de las cargas públicas.»

III. COMENTARIO

1. *El justo precio*

Sólo si el justiprecio refleja el valor real de los bienes expropiados se habrá cumplido la finalidad del procedimiento expropiatorio de hacer realidad el principio de igualdad. Porque el principio de igualdad, de igualdad ante las cargas públicas, se infringe tanto cuando se fija un justo precio inferior como cuando se fija uno superior al valor real de la cosa expropiada. En el primer caso, porque el expropiado—al no percibir una indemnización equivalente al sacrificio sufrido en su patrimonio en favor de la comunidad—ha contribuido a las cargas públicas en proporción mayor que los demás ciudadanos: la diferencia entre la indemnización y el sacrificio patrimonial que corresponde soportar a to-

dos, según su capacidad económica, a través del sistema impositivo, es soportada por el titular de la cosa necesaria para el bien común. Pero en el segundo caso, cuando se fijó un justiprecio superior al valor real de la cosa expropiada, también quiebra el principio. Pues todos los ciudadanos habrán contribuido en la parte proporcional que les corresponde al abonar al expropiado una cantidad en exceso, que constituye un enriquecimiento injusto.

De aquí que la Ley arbitre, al lado de las medidas conducentes a evitar que los expropiados perciban en concepto de justo precio cantidades inferiores al valor real, otras encaminadas a evitar que las perciban superiores. Una de estas medidas es la que se contiene en el artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, al decir en su párrafo 1: «Las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro.»

2. Las mejoras realizadas en la cosa expropiada

El principio general que consagra el artículo 36 de la Ley fue sancionado por reiterada jurisprudencia.

Una sentencia de 30 de junio de 1908 estableció el principio de que no debe abonarse aumento alguno de valor por la mejora que produce la urbanización, «siendo el verdadero precio de la finca antes de ejecutarse aquélla».

Otra sentencia, de 5 de abril de 1930, afirmó que los elementos puestos después de haberse declarado la necesidad de ocupación de una fábrica no pueden ser objeto de indemnización, y véase que esta sentencia se refería a elementos puestos en la fábrica *por el propio expropiado*.

Es decir, que nuestro Tribunal Supremo, como dijo la sentencia de 18 de junio de 1963, mantuvo que los principios del artículo 36 de la Ley obedecen a la finalidad de que el justiprecio cubra el valor real del objeto expropiado evitando el *enriquecimiento injusto*.

En este orden de claras ideas podríamos citar múltiples sentencias. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1966, al decir que es: «...obvia la razón de exonerar a la Administración expropiante de pagar una plusvalía debido a su propia iniciativa y a la concesión de caudales públicos...», y es tan concluyente el mandato del artículo 30 de referir las valoraciones al tiempo de iniciación del expediente, que aun en el caso de segunda valoración prevista en el artículo 58 ha de ser firmemente observado aquel precepto, con lo que el alcance de la segunda valoración se ve limitado a actualizar el justiprecio anterior a consecuencia de la posible variación del poder adquisitivo del dinero después del transcurso de dos años, pues si la primera valoración era justa, para que la segunda lo sea también ha de ceñirse a corregir en su caso los efectos producidos en aquélla por el mero transcurso del tiempo y a imponer la indemnización complementaria por la situación de mora, y como por sí sólo el transcurso del tiempo no hace cambiar la naturaleza que un bien determina, la segunda valoración *tampoco puede acoger ese cambio de naturaleza* producido ya onerosamente para la Administración, cuya pasividad no viene sancionada *ni será justo con el pago por segunda vez de una parte importante de los bienes que expropió*.

La referida doctrina jurisprudencial es confirmación de la sentada por el mismo Tribunal en sentencias de 18 de enero de 1958, sobre procedencia de valorar los bienes al ser ocupados por la Administración; 5 de

diciembre de 1962, sobre improcedencia de pagar mejoras voluntarias al momento de iniciación del expediente, y 22 de febrero de 1963, sobre justiprecio referido al momento de ocupación de los bienes, criterios todos ellos confirmados también por la sentencia de 3 de junio de 1964.

En este mismo orden de ideas una sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1970, hizo también un detenido estudio del artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa en caso análogo al planteado. Y al referirse a dicho precepto decía: «...este mismo artículo prohíbe que en las tasaciones se tengan en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plan o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro, y que en ese valor de 1.200 pesetas, que señala para la calle donde está el sitio del terreno expropiado, están concluidas y comprendidas las plusvalías que se derivan del plan o proyecto de obras que motivaron su expropiación *lo acredita la simple contemplación de los valores que sucesivamente se fueron asignando a dicho terreno en los índices*, que fueron sustituyéndose a partir de 1948, en que se declaró la necesidad de la ocupación, pues en los mismos, al lado del aumento que reflejan, como el normalmente determinado por el alza de los precios y la depreciación de la moneda, se observa una brusca y muy desmesurada elevación producida manifiestamente por el acogimiento que dichos índices hacen de las plusvalías operadas como consecuencia directa del plan o proyecto de obras para las cuales se expropió, y así mientras el valor de 22,95 pesetas que señalan los índices de 1948/61 se eleva a 26,40 en los de los años 1952/54, a 55 en los de 1955/57, a 130 en los de 1958/60 y a 140 en los correspondientes a 1961/63, este aumento, moderadamente gradual, se convierte en un alza de casi el 600 por 100 en los índices de 1964/66, al elevar aquel valor de 140 pesetas a 800, el cual vuelve a sufrir un muy importante aumento al convertirse en las 1.200 pesetas que señalan los correspondientes a los años 1967/69, y ante ello no es aventurado afirmar que en ese aumento que sufrieron los índices desde el año 1948, con sus 22,95 pesetas el metro cuadrado, hasta los del año 1968, que es el aplicable al terreno de autos, con sus 1.200 pesetas, va incorporada una plusvalía que puede calcularse, con criterio muy moderado, en un 30 por 100 de tal actual valor, el cual no puede tomarse en consideración por prohibirlo el citado artículo 36, y eliminado dicho porcentaje de plusvalía obtendríamos como precio justo del referido terreno una cantidad inferior a las 1.000 pesetas que señala el acuerdo recurrido, razón que obliga a confirmar ésta, aunque ese precio haya sido obtenido por un procedimiento valorativo distinto del procedente, dado que el mismo expresa con exceso el contenido económico que legalmente corresponde al terreno expropiado, si bien procede concretar la declaración genérica de pago de los intereses que se contiene en dicho acuerdo, señalando como fecha inicial de su devengo la de 17 de abril de 1955, fecha en que empezó a regir la Ley de Expropiación Forzosa y en la cual ya habían transcurrido los seis meses desde la iniciación del procedimiento que establece el artículo 56, y como fecha final aquella en que se realice el pago del capital, por el enlace que se opera entre esos intereses de demora con los debidos por ocupación».

3. *La urbanización realizada por la entidad expropiante a efectos de justiprecio*

Al aplicar los principios generales anteriores al supuesto de la urbanización de los terrenos expropiados, la jurisprudencia no siempre ha

mantenido una posición correcta. Por el contrario, a la hora de justipreciar los terrenos expropiados, aun cuando hubieren adquirido la condición de solares como consecuencia de la inversión realizada por la propia entidad expropiante, no duda en tasarlos teniendo en cuenta esta naturaleza, siempre que la hubieran adquirido antes de incoarse el expediente de justo precio.

Sin duda, esta desviación de la doctrina jurisprudencial tiene su explicación en la loable tendencia de proteger al expropiado frente a las demoras injustificadas en la tramitación de los procedimientos. Ahora bien, una cosa es que el expropiado no resulte perjudicado por los retrasos, muchas veces arbitrarios, de la Administración en incoar la fase de justiprecio y otra muy distinta que los mismos se beneficien con una valoración exagerada.

Porque, en efecto, admitamos que en estos casos de demoras injustificadas en la tramitación de los expedientes expropiatorios, los bienes deben tasarse con arreglo a la naturaleza y características que reunían en el momento de incoarse el expediente de justiprecio (cualquiera que fuese su naturaleza en el momento de iniciación del procedimiento expropiatorio). Pero lo que es incuestionable es que, en justicia y en estricta legalidad, cualquiera que sea el momento a que se refiera la tasación, no pueden «tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras», y mucho menos las plusvalías derivadas de la inversión realizada por la Administración.

Es indudable que si la conversión de suelo rústico en suelo urbano ha sido consecuencia directa de aquella actividad, ni siquiera sería lícito la tasación como suelo urbano. Sería justo actualizar el precio que correspondería al suelo rústico, no quedando congelado en el momento de iniciarse el procedimiento expropiatorio y refiriéndole al momento de justiprecio, pero siempre como rústico.

Ahora bien, aun admitiendo que se tasara como suelo urbano, en modo alguno sería justo pagar al expropiado la totalidad del terreno expropiado. En efecto:

La expropiación es, tal y como suele aplicarse, un mal, una de las tantas desgracias que pueden caer sobre el pobre administrado. Por eso, a lo que aspira todo particular es a librarse—«liberarse» es una de las expresiones legales—de la expropiación. Por tanto, cuando se le expropia, su ideal será obtener los mismos beneficios que hubiera obtenido al realizar la actividad urbanizadora. ¿Y cuáles hubieran sido estos beneficios? Evidentemente, el obtener el precio de los solares resultantes. Ahora bien, para obtener los solares, para «fabricar» suelo apto para la edificación, es necesario, partiendo de la materia prima del «suelo rústico», lo siguiente:

a) Ceder gratuitamente la superficie vial y la destinada a parques y jardines. Es cierto que cuando se trata del sistema de cooperación se da el límite del artículo 116 de la Ley del Suelo, debiendo expropiarse el exceso, aunque abonándose el precio correspondiente al valor inicial (artículo 90, 2, p. b), Ley del Suelo) (1). Pero en la práctica, cuando se requiere ceder superficies superiores para la ejecución del plan (sobre todo cuando el plan es de iniciativa particular para urbanizaciones privadas), la cesión gratuita se impone asimismo por el órgano urbanístico. Y, por supuesto, en el sistema de compensación no se da límite alguno.

b) Contribuir económicamente a las obras de urbanización. En una palabra, realizar las inversiones necesarias para que el suelo tenga todos los servicios exigidos por el plan de urbanismo correspondiente.

Por tanto, cuando se expropia y se paga como solar el suelo que era rústico al ser ocupado por la entidad beneficiaria de la expropiación, es

(1) Me remito a mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, apud, art. 90.

lógico que se descuente de su valor de suelo urbano aquellos dos conceptos.

No es justo pagar como suelo urbano toda la *superficie bruta* de suelo rústico cuando para la conversión hubiere sido necesario perder una cantidad considerable de terreno si sólo una parte se convierte en solar.

En definitiva, esto es lo que ocurriría, al margen del Derecho de prerrogativa, que es el Derecho administrativo, si acudiéramos al Derecho civil aplicando los principios de la accesión.

No es justo que una persona se beneficie de los gastos e inversiones hechos por un tercero.

Si al expropiado se le abonara por la totalidad del suelo inicial rústico el precio como si fuera suelo urbano, la entidad beneficiaria de la expropiación pagaría dos veces los gastos de la urbanización: primero, cuando realmente se llevó a cabo; después, al abonar al expropiado la diferencia de valor ante el suelo rústico y el precio como solar de toda la superficie inicial.

Cuando un particular urbaniza él—y no sufre las consecuencias drásticas de una expropiación—lo que pretende es el precio de solar de los solares resultantes. Es evidente que al fijar este precio ha tenido en cuenta todos los gastos anteriores y pérdidas de suelo para llegar a aquéllos. Pero lo que percibe es únicamente el precio por metro cuadrado de los solares netos.

De tal modo que cuando se fija el precio del metro cuadrado de solar se han tenido en cuenta todos aquellos elementos. Así, cuando el Ayuntamiento fija el valor del terreno de solar a efectos del arbitrio de plusvalía, valor que en muchos Ayuntamientos—verbigracia, Madrid—, al menos en muchas zonas, es incluso superior al precio real de mercado de los solares.

4. CONCLUSIÓN

La sentencia comentada, al rectificar desviaciones anteriores y acoger correctamente los principios expuestos, constituye un paso decisivo en la configuración de la institución expropiatoria, en la que se da, como en pocas jurídico-administrativas, el equilibrio entre la prerrogativa y la garantía, en que radica la esencia de la justicia administrativa. Sólo con una debida coordinación entre los intereses públicos y privados es posible hablar de justicia en las relaciones entre la Administración Pública y los administrados.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

10. *PRESTAMOS CON GARANTIA REAL: Han de estimarse, a efectos fiscales, como actos administrativos separados e independientes; la constitución del préstamo, gravada como préstamo simple, y la de garantía accesoría, liquidable como constitución de derecho real de hipoteca (RESOLUCIÓN DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1972).*

A) *Hechos.*—Se trataba de una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca otorgada entre el Banco de Crédito a la Construcción y varias personas.

Se hizo valer la exención subjetiva prevista en la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre régimen jurídico de entidades estatales autónomas, y la objetiva, resultante del artículo 61, 1.º B), del Texto Refundido, razonando que en la escritura generadora de las liquidaciones impugnadas se procedió a la novación de las obligaciones contraídas con motivo de préstamos otorgados anteriormente y a la constitución, como consecuencia de tal novación, de un nuevo préstamo amortizable en el plazo que se indicaba en tal escritura, por lo que todas las garantías constituidas en la misma debían tributar por el concepto de préstamo y ser declaradas exentas del pago del impuesto, conforme a los preceptos anteriormente invocados:

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación en base a que «cuando la hipoteca se constituye para garantizar un préstamo existente con anterioridad, al producir efectos *ex nunc* y no *ex tunc* tributa como derecho real y no por el concepto de préstamo, y en tal caso, la entidad reclamante no disfruta de la exención del número 66 del artículo 65 del Texto Refundido, como tampoco goza de la exención subjetiva al no tener la consideración de organismo autónomo (1).

(1) El concepto legal de Organismo Autónomo resulta de los artículos 1.º, 2.º y 5.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 que los define como Entidades de Derecho Público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público. En dicho concepto no puede estimarse incluido el Banco

B) *Doctrina*.—Que la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, en el apartado 16 del artículo 155, ratificado por el artículo 58 del Texto Refundido del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales, al regular la tributación de los contratos de garantía, prenda, fianza, hipoteca y anticresis dispuso que «la constitución y prórroga expresa de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo, así como la modificación, extinción y cancelación de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, cuando estos actos se produzcan como consecuencia de la modificación o extinción del préstamo en cuya garantía fueron constituidos, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

Que de tal redacción claramente se infiere como primera consecuencia la modificación en orden a la práctica de la liquidación de los contratos de préstamo con garantía real, en los que rectificando acertadamente su calificación fiscal, conforme con su naturaleza jurídica, se ha estimado como único hecho imponible al del contrato de préstamo (2).

Que a la vista de tal precepto, el primer problema que surge es el de concretar si tal principio de calificación exige como necesaria premisa la *unidad formal en un solo acto del contrato de préstamo y del accesorio de garantía o subsiste su aplicación en el supuesto de llevarse a cabo en forma separada o independiente la contratación del préstamo y de la garantía*, supuesto este último que debe rechazarse, ya que su admisión llevaría a la absurda consecuencia o de estimar liquidada la garantía real de prenda o hipoteca por el tipo del préstamo simple, con la consiguiente evasión fiscal, no autorizada por precepto alguno, o la de producir una duplicidad de imposición al liquidar la constitución posterior de la garantía como préstamo hipotecario, cuando ya había tributado por tal concepto como préstamo simple, imponiéndose como obligada conclusión para evitar tan contradictorias consecuencias, la de estimar en tal supuesto, a efectos de calificación, como actos administrativos separados e independientes, la constitución del préstamo, gravada como préstamo simple, y la de garantía accesoria, liquidable como constitución de derecho real de hipoteca, admitida la exención del contrato de préstamo, la no asimilación al mismo de la constitución de las garantías contenidas en la escritura presentada a liquidación y su respectiva calificación como constitución de fianza o hipoteca liquidable por tal concepto, al amparo de las razones que han quedado expresadas con anterioridad, llevan consigo la no aplicación de la exención que se invoca.

Que tampoco es de estimar la alegación del Banco recurrente en orden a una novación objetiva de los préstamos concertados con anterioridad, mediante la constitución de uno nuevo con las garantías que se comprenden en la escritura, ya que con arreglo a los propios y literales términos de la escritura, ésta tiene por objeto el reconocimiento del saldo deudor de unos préstamos concertados con anterioridad que se refieren de un modo expreso y en todo momento se estiman subsistentes en los mismos términos inicialmente concertados, y al mismo tiempo, la constitución por separado de dos hipotecas y una fianza para garantizar la devolución del expresado saldo, lo que patentiza la formal separación a efectos de calificación fiscal de la constitución del préstamo y la de las garantías para asegurar su devolución.

de Crédito a la Construcción, pues el artículo 1º del Decreto-Ley de 29 de noviembre de 1962 lo considera incluido en el artículo 5º de la Ley de 1958 antes citada, que enumera los Organismos a los que la misma no es aplicable. Bien es cierto que en esta enumeración no está comprendido el Banco citado, por la razón obvia de que en aquella fecha no existía, pero dicha omisión se subsana con la remisión que expresamente se hace por el artículo 1º del Decreto de creación del Banco.

(2) Si bien es lo cierto que tal rectificación sin trascendencia en cuanto al tipo de tributación y determinación de base liquidable únicamente implica el cambio de sujeto pasivo, que en todas sus modalidades está representado por el prestatario.

Que si bien es cierto que el Decreto-Ley de nacionalización del Banco concede al mismo la exención subjetiva de toda clase de contribuciones, impuestos y demás gravámenes del Estado, provincia y municipio, siempre que sea el sujeto directo de la imposición, dicha exención no fue recogida en el vigente Texto Refundido de los Impuestos Generales de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por lo que, con arreglo a los términos de la disposición transitoria cuarta de dicha Ley, se ha de estimar que quedaron sin efecto los mencionados beneficios dejando a salvo únicamente los derechos adquiridos.

11. *MODIFICACION DE SOCIEDAD: Existe este concepto liquidable cuando se amplía el objeto social o actividad principal asignada a la sociedad en los estatutos* (RESOLUCIÓN DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1972).

A) *Hechos*.—Por el representante de una sociedad se otorgó escritura en la que se hacía constar el acuerdo de declarar expresamente incluidas dentro de lo que constituía el objeto social determinadas actividades y, concretamente, la de comprar y vender muebles e inmuebles y promover toda clase de edificaciones sobre terreno propio.

El problema a dilucidar era el de si en la escritura pública de referencia se formalizó un acuerdo social susceptible de ser calificado como una modificación de sociedad por ampliación de su objeto, teniendo presente que el artículo 2 de los estatutos sociales, en su redacción original, disponía que «el objeto social estará constituido por la fabricación de tejas, ladrillos y productos similares de todas clases y cualesquiera otra fabricación o explotación industrial o mercantil que acuerde la Junta General de Accionistas, con sujeción a los artículos 84 y 85 y concordantes de la Ley sobre Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas o legislación entonces vigente», a cuya redacción, en virtud del acuerdo formalizado por la escritura pública mencionada, se adicionó un párrafo del siguiente tenor: «Tejas y ladrillos del Oria, S. A., tendrá, por tanto, dentro del amplio objeto social indicado, capacidad para comprar y vender toda clase de bienes muebles o inmuebles y promover toda clase de edificaciones sobre terreno propio.»

Los recurrentes alegaron que no debía confundirse el objeto de una sociedad y la capacidad de obrar de la misma y que la doctrina científica y la del Tribunal Económico-Administrativo Central requieren, para que proceda la liquidación del impuesto, que exista una ampliación del objeto social, mediante la adición señalada en los estatutos, de otras actividades distintas; pero en el caso contemplado sólo existió una aclaración del objeto que afectaba directamente a la capacidad de obrar de la sociedad, pero que no ampliaba el objeto estatutario de la misma.

El Tribunal Central dice:

B) *Doctrina*.—Que no cabe negar que la adición del párrafo antes reproducido se hizo por los accionistas de la sociedad con la exclusiva y evidente finalidad de ampliar el ámbito de las actividades que integraban el objeto social principal de la compañía, que en la redacción primitiva del artículo 2 de los estatutos era únicamente la fabricación de tejas, ladrillos y productos similares, demostrándolo así la exposición de la escritura pública que se analiza, en la que se dice que la Junta General de Accionistas había adoptado «el acuerdo de declarar expresamente, entre lo que constituye el actual objeto social, determinadas actividades que interesan al desenvolvimiento de la industria», reiterándose esa misma idea en el otorgamiento, al consignar que declara

comprendidas entre las actividades que incluye el actual objeto social, la de compra y venta de bienes y la promoción de edificaciones sobre suelo propio, de acuerdo todo ello con la certificación testimoniada en la propia escritura, según la cual el gerente había informado a la Junta General de la conveniencia de utilizar los materiales de construcción fabricados por la sociedad para promover edificaciones en terrenos propios de la misma, y que como quiera que la actividad de edificación no estaba explícitamente constatada en el objeto social, era procedente añadir a los estatutos un párrafo en que se declarase que dentro de dicho objeto social podrían estar las actividades de referencia.

Que no puede aceptarse la alegación de la sociedad interesada, al mantener que el acuerdo social a que se hace referencia trataba de delimitar o definir la capacidad jurídica de la entidad y no propiamente ampliar el objeto de la misma, ya que en nuestro Derecho la capacidad de la sociedad no se determina o limita en función del objeto señalado en los estatutos.

Que el vigente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales sujeta a gravamen, en su artículo 54, apartado 3, la constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, modificación, transformación y disolución de sociedades, añadiendo en el apartado 4 del propio artículo por transformación de sociedad se entenderá, a efectos del impuesto, el cambio de naturaleza o forma de la misma.

Que en la legislación reguladora del suprimido Impuesto de Derechos Reales se incluían, expresa y nominativamente, dentro del concepto de «transformación de sociedad», el cambio de naturaleza o forma, la variación del objeto y la ampliación del mismo, según aparece del artículo 19-15 del Reglamento de 15 de enero de 1959, reservando el concepto de «modificación» de sociedad para determinados cambios o alteraciones en la constitución personal de la misma y, concretamente, para la separación y la muerte de algún socio que no diera lugar a la disolución y para la admisión de nuevos socios, que se recogían en los apartados 7 a 9 del mencionado artículo 19 del Reglamento; pero como es visto, el vigente Texto Refundido de Transmisiones Patrimoniales restringe el concepto fiscal de transformación a las figuras previstas en el artículo 57-4, arriba citado, quedando las demás alteraciones que mencionaba el apartado 15 del artículo 19 del Reglamento de Derechos Reales, y entre ellos, la ampliación del objeto social, incluida dentro del amplio concepto de modificación de sociedad.

Que el cambio de objeto social puede producirse mediante la sustitución de la actividad señalada en los estatutos por otra diferente o mediante ampliación de esa actividad, y en ambos casos, cuando el cambio afecta a la actividad principal o primordial asignada a la sociedad en sus propios estatutos, implica, tanto para la legislación sustantiva cuanto para la fiscal, una modificación de evidente trascendencia, puesto que el objeto es un elemento esencial, aunque mediato, del contrato de sociedad determinante y cohesivo entre el elemento personal y el patrimonio de la misma.

Que el análisis de la modificación estatutaria operada en el caso que se estudia obliga a concluir que se está en presencia de una ampliación del objeto social y, consiguientemente, en un supuesto de modificación de sociedad a efectos fiscales, toda vez que, mediante la adición verificada, la sociedad recurrente, cuyo objeto primordial era puramente fabril, vio extendidos sus objetivos hacia las actividades de promoción y edificación inmobiliaria.

Esta tesis del Tribunal Central concuerda con la doctrina sentada por la resolución de la Dirección General de Registros de 16 de octubre

de 1964, por él mismo invocada. Según precisa el Centro Directivo, existen ordenamientos, como el alemán, que reconocen expresamente la capacidad jurídica ilimitada de la sociedad en el campo patrimonial; otros, como el inglés, que declaran limitada la capacidad de la sociedad en función de su objeto y, por tanto, para ampliar aquélla sería preciso modificar los estatutos y ampliar éste, y, finalmente, existe una posición intermedia, propia de los países latinos, en los que los problemas de la validez de los actos sociales que no se coordinan directamente con el objeto señalado en los estatutos se enfocan no desde el punto de vista de la capacidad de la sociedad, que, en principio, es ilimitada o completa, sino del ámbito del poder de los administradores, que son los que tienen prohibida la realización de actos no comprendidos en aquél, y de ahí que nuestra doctrina científica se inclina a reconocer la plenitud de capacidad de la sociedad para la realización de todos los actos lícitos y permitidos por la Ley, a fin de proteger adecuadamente los intereses de terceros de buena fe, si bien los administradores contraerán las responsabilidades correspondientes si actuaran fuera del objeto definido en los estatutos. Este criterio es compartido por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959, al sostener que en nuestro Derecho las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general y, por tanto, el fin u objeto de ellos no constituye por sí un límite de su capacidad, pues, por el contrario, son capaces, aunque no se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa o de la responsabilidad de sus órganos. Ello le lleva a concluir, como hemos visto, que la adición hecha en los estatutos amplía el objeto social, pero no la capacidad de la sociedad, que desde un principio era plena e ilimitada.

12. ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA: El valor de la garantía no puede ser otro que el de la cantidad realmente garantizada con las fincas objeto de la anotación (RESOLUCIÓN DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1972).

A) Hechos.—El documento objeto de la liquidación impugnada era un mandamiento judicial por el que se decretaba la anotación preventiva de la demanda origen del procedimiento, y en la nota puesta por el Registrador se hacía constar que la anotación se tomaba sólo en cuanto a la cuarta parte indivisa de una finca, y se suspendía en cuanto a las dos cuartas partes indivisas de otra por faltar la inscripción de transmisión intermedia, tomándose en su lugar, a solicitud del presentante, anotación de suspensión por término de sesenta días desde esta fecha.

Los recurrentes alegaron que la anotación preventiva de demanda había sido efectuada solamente en cuanto a la cuarta parte indivisa de una de las fincas, cuya valoración es de 5.000.000 de pesetas, siendo, por tanto, improcedente el haberse tomado como base la cantidad de 26.627.087 pesetas, que era la cuantía total de la demanda.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación en base fundamentalmente a lo dispuesto en el artículo 105, 1, c), del Texto Refundido del Impuesto y a que en certificación expedida por el Registrador se consigna que la anotación ha sido practicada respecto a determinadas participaciones indivisas de los inmuebles que sanciona, sin ninguna discriminación respecto a su valor (3).

(3) A nuestro juicio, y en este caso la finalidad principal que se perseguía con la certificación aportada no era acreditar la responsabilidad a que quedaba afectada la finca, ni menos aún el valor de ésta, sino el hecho de que la anotación se había tomado exclusivamente sobre una cuarta parte indivisa. Dicho valor resultaría del propio mandamiento y, en todo caso, del expediente de comprobación.

Los recurrentes contestaron que en la demanda aparecía perfectamente determinada la valoración de cada uno de los bienes y pretensiones articulados, con especificación de los de carácter inmobiliario y los que no lo tienen, por lo que si, efectivamente, la base liquidable en las anotaciones preventivas es el valor del derecho o interés que se garantice, publique o constituya, y según la certificación expedida por el Registrador, la única anotación que ha podido realizarse de la demanda, con eficacia de acto sujeto al impuesto, ha sido la referente a la cuarta parte indivisa de la casa citada, cuyo valor está precisado y discriminado en 5.000.000 de pesetas, es obvio que dicho valor deberá constituir la base sobre la que gira la liquidación correspondiente.

B) *Doctrina*.—Que si bien es cierto que, por lo que respecta a las anotaciones preventivas, la base liquidable viene determinada por el importe o valor total de las obligaciones que con tales anotaciones se garantice (4), este Tribunal tiene reiterado (5) que el valor de la garantía no puede ser otro que el de la cantidad realmente garantizada con las fincas embargadas, la cual no puede en ningún caso exceder del valor real de esta última, pues en otro supuesto se vendría a hacer tributar por el concepto de anotación de embargo la diferencia entre el valor real de la finca y el importe de la obligación garantizada, dando lugar a la exigencia del gravamen basada en la inexistencia de los hechos imponible determinantes de la exacción, conclusión ésta que por principio de ética fiscal debe rechazarse (6).

Que aplicado tal principio a la cuestión de hecho discutida en la reclamación y admitida la desproporción de valor existente entre la finca objeto de la anotación y el de la cuantía de la demanda, es procedente, sin necesidad de entrar en el estudio de cuál sea realmente la obligación garantizada, anular la liquidación y que se practique de nuevo tomando como base el valor comprobado de la finca objeto de la anotación (7).

13. *VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: Caso de quedar sin efecto la exención provisional de que gozan no procede incoar nuevo expediente de comprobación de valores y, consiguientemente, girar nueva liquidación, sino hacer efectiva la que con este mismo carácter provisional se giró al presentar por primera vez el documento (RESOLUCIÓN DE 7 DE DICIEMBRE DE 1972).*

A) *Hechos*.—Presentada escritura de compraventa de un solar por el precio de 90.000 pesetas, haciéndose constar en el documento que la finca adquirida se destinaria a la construcción de viviendas de renta limitada o de protección oficial; la oficina gestora declaró la exención provisional del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, al amparo de lo prevenido en el número 28 del artículo 65 del Texto Refundido, indicando por nota en la misma escritura que de no mediar dicho beneficio, el total importe de la liquidación que hubiera debido girarse, sobre la base de 90.000 pesetas, ascendía a la suma de 7.200 pesetas.

Transcurridos tres años, y a requerimiento previo del servicio de in-

(4) Artículo 105, número 1, apartado c), del Texto refundido de 6 de abril de 1967, que ratifica el contenido del artículo 68 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales

(5) Resoluciones de 17 de abril de 1956 y 17 de noviembre de 1959

(6) Criterio idéntico se sostiene en la resolución de 2 de noviembre de 1972 (véase en esta misma Revista, núm 496, mayo-junio, pág 744), si bien referida a una anotación de embargo y no de demanda, como en este caso.

(7) Creemos que en este caso la base a tener en cuenta debió de ser la cuarta parte del valor comprobado de la finca

vestigación, nuevamente fue presentada dicha escritura en atención a que el anunciado propósito de construir viviendas de protección oficial sobre la finca adquirida no se había llevado a efecto en los términos y condiciones legales; se instruyó el expediente, en el que la Abogacía del Estado, utilizando el medio de comprobación ordinario, señalado en el número 12 del artículo 117 del Texto Refundido de la Ley antes citada, asignó a la finca transmitida un valor de 418.500 pesetas, sobre cuya base se practicó liquidación por concepto de «transmisiones», número 1 de la tarifa al 7,4 por 100.

El Tribunal Provincial confirmó la liquidación impugnada, por entender que la base tributaria fijada al tiempo de concederse la exención provisional tenía ese mismo carácter, y que al coincidir con el valor declarado por los interesados no había sido consecuencia de un expediente de comprobación de valores, por lo que, a tenor de lo prevenido en el artículo 118 del Reglamento del Impuesto de 15 de enero de 1959, la exención provisional concedida, al igual que el resto de las liquidaciones provisionales, era revisable de oficio en cuanto se refiere a la base tributaria.

B) *Doctrina.*—Que según lo preceptuado en los artículos 15-2 del vigente Texto Refundido del Impuesto y del 74-2 de la Ley General Tributaria, la oficina liquidadora hará figurar en la nota en que el beneficio fiscal se haga constar, el total importe de la liquidación que hubiera debido girarse por lo mediar la exención o reducción concedida, por lo que la base imponible consignada en la nota correspondiente goza de la presunción de legalidad, conforme a lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley General Tributaria, a falta de prueba en contrario de que fue determinada mediante la oportuna comprobación administrativa, sin que pueda admitirse el razonamiento de la resolución impugnada de que «al ser coincidente con el valor declarado evidentemente no es resultado de un expediente de comprobación de valores», puesto que la base imponible en las transmisiones será el valor de los bienes y derechos declarados por los interesados, a menos que la comprobación administrativa arrojase una superior (8), de lo que se deduce que la base imponible puede ser el valor declarado cuando éste fuese superior al que arrojase la comprobación administrativa, correspondiendo la prueba de los hechos normalmente constitutivos del derecho que se haga valer a quien alega éste (9), y en tal sentido correspondía a la oficina liquidadora aportar la prueba—necesariamente obrante en la misma—de que la expresada base imponible no había sido determinada en virtud de comprobación administrativa, lo que obliga a revocar el acuerdo impugnado, sin que ello prejuzgue que la Abogacía del Estado pueda, al amparo de los preceptos de pertinente aplicación, ejercitar la acción de comprobación administrativa, si fuera procedente, en relación a la primera presentación en la mencionada oficina de la escritura otorgada o instar la revisión de la practicada o de aquella liquidación reflejada en la nota.

Que no obsta a la conclusión que antecede al carácter de provisional de la exención reconocida, conforme a lo preceptuado en el número 28 del artículo 65 del citado Texto Refundido, ya que precisamente tal carácter y el de condicional es lo que permitió que se girase la liquidación una vez que resultó acreditado que el hecho condicionante de la exención no se había producido, pero sin que tal carácter provisional pueda admitirse respecto a la liquidación que, también condicionada, se estimó era la que hubiera debido girarse de no mediar la exención.

(8) Artículo 70 del Texto Refundido

(9) Artículo 114-1 de la Ley General Tributaria

14. *ACCION REVISORA. PRESCRIPCION: No tienen virtualidad para interrumpirla aquellos actos administrativos que constituyen nuevos trámites preceptivos y propios del expediente de revisión* (RESOLUCIÓN DE 14 DE DICIEMBRE DE 1972).

A) *Hechos*.—Iniciado expediente de expropiación forzosa de unos terrenos y no existiendo acuerdo entre las partes, el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa fijó el correspondiente justiprecio.

Presentado con posterioridad por la compañía expropiante escrito en el Gobierno civil de la provincia desistiendo de la expropiación, acompañando escritos de conformidad de diferentes expropiados, con fecha 29 de enero de 1965 se otorgó una escritura de compraventa y el 7 de junio del mismo año se ingresó el importe de la liquidación girada sobre una base comprobada de 20.000 pesetas.

El 4 de febrero de 1967 se inició por la Abogacía del Estado expediente de revisión del de comprobación de valores, que motivó la liquidación antes referida, habiendo recaído en 18 de octubre de 1971 acuerdo de la mencionada dependencia por el que se fijaba el valor comprobado en su día por el Jurado de Expropiación (318.502,70 pesetas).

Los recurrentes alegaron, en síntesis, que desde la fecha en que la escritura se otorgó (fecha de devengo del impuesto, conforme al artículo 106 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967) hasta la del acuerdo de la Abogacía del Estado sobre revisión del expediente de comprobación de valores en 18 de octubre de 1971 había transcurrido con exceso el plazo prescriptivo de cinco años, establecido en el artículo 132 del propio Texto Refundido, señalándose, además, que la valoración del Jurado de Expropiación no constituye medio ordinario de comprobación de valores de los establecidos reglamentariamente.

Y el Tribunal Central resuelve así:

B) *Doctrina*.—Que conforme al artículo 132 del Texto Refundido, la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, prescribirá en los plazos señalados por el apartado a) del artículo 64 de la Ley General Tributaria, y que esos mismos plazos regirán para el ejercicio de la acción revisora de las liquidaciones y de todos los demás actos dictados en vía de gestión tributaria, y el citado artículo 64 señala para tales supuestos el plazo de cinco años, añadiendo el artículo 66 que dichos plazos se interrumpen por cualquier acción administrativa realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo conducente al reconocimiento, regulación, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del impuesto devengado por cada hecho imponible.

Que a la vista de tales disposiciones es clara consecuencia que la aplicación de la prescripción (que, según el artículo 67 de la Ley General Tributaria, se hace de oficio sin necesidad de que la invoque el sujeto pasivo) exige únicamente el transcurso de cinco años, sin que durante el mismo se realicen por la Administración con conocimiento formal del sujeto pasivo obligado, es decir, con previa notificación en forma reglamentaria, cualquiera de los actos comprendidos en el artículo 66 de la Ley General Tributaria, a que se ha hecho referencia anteriormente, o se lleve a efecto cualquier actuación del sujeto pasivo conducente al pago o liquidación de la deuda, y claro es que tratándose de la acción de revisión se ha de entender los actos dirigidos al ejercicio de dicha acción.

Que con arreglo a las actuaciones del expediente queda fehacientemente acreditado que desde el día 29 de enero de 1965, día del devengo del impuesto, o incluso desde el día 7 de junio de 1965, fecha del pago de la

liquidación revisada, hasta el 23 de julio de 1971, en que se dio traslado al interesado de las actuaciones del expediente de revisión para formular alegaciones, transcurrió con exceso el plazo de cinco años computable para declarar la prescripción, sin que durante el transcurso del mismo se llevaran a cabo, tanto por la oficina de gestión como por el interesado, ninguno de los actos, formalmente admitidos como interruptivos de la prescripción, por lo que resulta evidente que al llegar, en último término, la fecha de 7 de junio de 1970 y cumplirse el citado plazo, prescribió, con arreglo a los términos del artículo 132 del Texto Refundido de 1967, el derecho al ejercicio de la acción revisora, tanto de liquidación como de la comprobación de valores que son objeto del acuerdo motivador de la reclamación, conclusión que lleva aparejada la estimación del recurso con la consiguiente declaración de nulidad del expresado acuerdo.

F. M. C.



LIBROS

1

2

3

MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Ed. Hispano Europea. Barcelona, 1972. 420 páginas.

I. Tesis doctoral de su autor, distinguida con la calificación de sobresaliente *cum laude* por la Universidad de Barcelona, tiene esta obra propósito y, sobre todo, carácter netamente procesalista, estando dividida en tres partes bien diferenciadas y enunciadas, respectivamente, «Elementos de la semiótica», «Semiótica de la simulación» y «Exposición semiótica de los indicios de simulación». Su contenido esencial es claro y puede formularse brevemente: como es sabido, el verdadero problema de la simulación no radica en su configuración o sanción jurídicas, sino en la dificultad casi insuperable de su prueba; con todo, existe una larga serie de indicios característicos relativos a las partes que intervienen en el negocio o al negocio mismo y sus distintos elementos, como después veremos, que permite llevar a la convicción del juzgador, por la vía de las presunciones, la certeza de la simulación. El profuso y metódicos análisis de tales indicios en general y pormenorizados constituye ciertamente si no un hallazgo en términos absolutos, sí una sistematización estimable y clarificadora y, por lo mismo, una aportación positiva. Y ésta es opinión que compartimos con varios jueces y abogados en ejercicio que hemos consultado.

II. La primera de las tres partes que integran la obra consta de 110 páginas y constituye una especie de introducción metodológica, ocupándose de la prueba, en general (primero y segundo capítulos: «La heurística» y «El método heurístico»), y de los indicios y las presunciones, en particular (capítulo tercero: «Semiótica judicial»). En ella desarrolla MUÑOZ SABATÉ la idea de un Derecho probatorio de contornos amplísimos y orientación estrictamente científica, realizando después una exposición muy detenida y rigurosa de lo que son y lo que significan, en una doble perspectiva estático o conceptual y dinámico o funcional, los indicios y sus secuelas, las presunciones. El tema es interesante y su tratamiento, en conjunto, inteligente y original, aunque, en pos de un cientifismo jurídico a ultranza, los postulados resulten en ocasiones exagerados (pág. 10, a propósito de la actitud psicológica de los jueces: «Nadie se ha puesto a diseccionar este proceso anímico, cual si fueran temas que no interesarán al jurista o, lo que es peor, como si se tuviese miedo a ciertas revelaciones ruborizantes que turbaran la placidez de nuestro *status* científico y lo precipitaran en una revulsión total, como la originada por FREUD al hablar de ciertos fenómenos sexuales...»; pág. 12: «...tal vez sea mucho o demasiado el poder oculto que aún conservan los Jueces...»; pág. 15: «El Juez penal ...tiene que haber realizado cierto aprendizaje en las cárceles, en los manicomios y también en los laboratorios de psicología», etc.); la técnica, extremada (véanse, por ejemplo, los gráficos reproducidos en las págs. 35 y 72), y la terminología, de difícil comprensión muy a menudo. En cuanto a esto último señala el autor

con indudable razón que «una de las causas que más daño hacen al progreso de la ciencia del Derecho es precisamente la imprecisión terminológica y la falta de un léxico auténticamente científico»; pero, en sentido contrario, la utilización constante de palabras, como «semiótica», «heurística», «heurograma», «indicio noético», estructura sindrómica, etcétera, aunque pueda cumplir un propósito de fijación conceptual hace incómoda e impide la fluidez de la lectura. Y digamos de paso que «semiótica» es locución utilizada exclusiva y no ordinariamente—que sepamos—en Medicina para designar el estudio de los signos o síntomas, y que en la obra que comentamos MUÑOZ SABATÉ configura aproximadamente como ciencia de los indicios; por su parte, «heurística» es término utilizado ocasionalmente en Filosofía, que el Diccionario define como «arte de inventar», y el autor, inicialmente, como «disciplina o método tendente a la averiguación preprocesal de los hechos, en vista a su ulterior afirmación en autos y consiguiente fijación a través de la prueba».

III. La segunda parte de la obra consta de 101 páginas y nos introduce en el estudio de la simulación, que se distingue de otras varias figuras afines, señalándose, además, sus principales manifestaciones en la práctica. Especial interés tiene en esta segunda parte el capítulo destinado al análisis probatorio de la simulación, cuyo contenido viene dado por los epígrafes que lo integran: 1. La prueba de la simulación materia DP. 2. Carga de la prueba. 3. Tasas de la prueba. 4. La fórmula heurística: A) Confesión judicial. B) Confesión extrajudicial. C) Testigos. D) Libros de Comercio. E) Documento. 4. El proceso penal como medio de información y preconstitución. 5. Prevención de coartadas. En este capítulo destaca el autor la—podríamos decir—institucional dificultad de la prueba de la simulación, que se traduce en la práctica judicial en una franca y generosa apreciación de la prueba por presunciones (sentencia de 26 de octubre de 1956 de la Audiencia Territorial de Cáceres: «La simulación ha de llegar a demostrarse por medios indirectos, pues por medios directos es punto menos que imposible, por lo que ha de concederse a la presunción el rango de legítimo medio probatorio de que habla el art. 1.257 del Código civil, capaz de dar nacimiento a una plena y absoluta convicción, tan eficaz, por lo menos, dada su evidencia, como cualquier otra clase de prueba.» Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1961: «Bien conocida es la doctrina de esta Sala tendente a destacar las grandes dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, lo que obliga en la totalidad de los casos a deducir la simulación de la prueba indirecta de las presunciones»). También a partir de ciertos antecedentes positivos, excepcionales en el plano civil (art. 1.297), pero no en otros campos, como el fiscal, se pregunta el autor si no resultaría más aconsejable una radical inversión de la carga de la prueba, gravando exclusivamente con ella al demandado de simulación, proposición que resulta menos desorbitada de lo que a primera vista pudiera parecer, aunque estimamos que no puede aceptarse en términos absolutos, y no sólo atendiendo a la tradición romanística y al principio de seguridad del tráfico a que el propio autor hace referencia. Se refieren después los distintos medios de prueba por los que pueden llegar a fijarse los indicios de simulación, destacando al paso algunas claras deficiencias de nuestro sistema procesal, como la falta de interrogatorio libre, que priva a la confesión judicial de gran parte de su posible efectividad.

IV. La tercera parte de la obra, la de significación más práctica, consta de 200 páginas y se destina a la exposición individualizada y siste-

mática («carente de todo precedente», nos dice el autor) de los indicios de simulación, que hacen referencia—como se verá—a la conducta y circunstancias de las personas intervinientes en el negocio y a los elementos y circunstancias del negocio mismo, y que, con vistas a su tipificación, se designan con nombres propios, por lo general latinos y a menudo originales. Nos parece útil recoger aquí la lista completa de tales indicios de manera esquemática. El autor los numera del 1 al 30, después de consignar bajo el número 0, como punto de partida, la *causa simulandi* o motivo para simular, que «puesta de manifiesto, vivifica los restantes indicios y obliga a plasmarlos en una resolución estimatoria», según lo expresa la sentencia de 23 de octubre de 1954 de la Audiencia Territorial de Oviedo. Parece innecesario advertir que los indicios que a continuación se relacionan tienen, por supuesto, un valor desigual, que se fortalecen por acumulación y que juegan igualmente por pasiva, en el sentido de hacer presumible su falta la ausencia de simulación.

1. *Necitas*: Motivación del negocio, singularmente en el aspecto económico. Su falta constituye un evidente indicio de simulación, de fácil prueba por lo general—por inversión casi siempre—, al que atiende con habitualidad la jurisprudencia. Es el caso, por ejemplo, del que encubre una donación bajo la forma de un reconocimiento de una deuda que, en su situación y circunstancias, no tiene sentido contraer.

2. *Omnia bona*: Enajenación de todo el patrimonio o de una parte escogida del mismo. De prueba sencilla—a base del mismo instrumento en que se plasma el negocio pretendidamente simulado—, este indicio refuerza considerablemente el anterior.

3. *Afectio*: Relaciones familiares, de amistad, dependencia, negocios o de otro modo vinculativas entre el simulador y su cómplice. Coincidente con la *causa simulandi* en el supuesto de liberalidades encubiertas, es éste uno de los indicios más típicos y frecuentes de la simulación. De prueba sencillísima casi siempre, juega también—como todos los indicios, según se ha dicho, pero con una significación más evidente—a *sensu contrario*, poniendo de manifiesto con su ausencia la improbabilidad de la simulación.

4. *Notitia*: Conocimiento concomitante de los simuladores en orden a la ficción del negocio y, más concretamente, conocimiento por parte del cómplice, requisito indispensable de la simulación, que institucionalmente requiere el *consilium fraudis*. Lo que no es propiamente un indicio, sino algo a lo que debe llegarse por medio de otros indicios. Por ejemplo, la trascendencia de una determinada noticia, como la muerte de una persona en una pequeña localidad, hace difícilmente creíble que el representante y el tercero que con él contrató ignorasen la muerte del representado, tanto más siendo uno de ellos pariente muy próximo del fallecido.

5. *Habitus*: Antecedentes judiciales o extrajudiciales del simulador o de su cómplice. Indicio de fácil prueba y, en ocasiones, muy efectivo, aunque precisa—más que otros—el refuerzo de los demás y un paralelismo o coincidencia sustancial en cuanto a las situaciones.

6. *Character*: Conjunto de circunstancias concurrentes en la personalidad del simulador. Así, la edad, que es quizá, entre dichas circunstancias, la más aparente, constituye con frecuencia un indicio muy convincente de la existencia de simulación, sobre todo en concurrencia con otros, como los ya enunciados de *necitas* y *afectio*, y lo mismo una enfermedad grave u otra circunstancia que haga previsible en corto plazo la idea de la muerte.

7. *Interpositio*: Inclusión de un eslabón intermedio destinado precisamente a soslayar la evidencia de la simulación. Indicio de coartada muy frecuente en supuestos de liberalidades encubiertas y caracterizado, al menos, por una relativa simultaneidad cronológica entre ambas secuencias negociales y por una relación—*afectio*—más o menos perceptible de la persona interpuesta con el simulador (figura del testaferro), con el cómplice (donaciones indirectas) o con uno y otro (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1958: «El interpuesto era amigo de ambos»). Hace notar el autor que la fijación de este indicio resultará especialmente sencilla si se trata de inmuebles, pues generalmente la doble transmisión quedará reflejada en los asientos del Registro.

8. *Subfortuna*: Incapacidad pecuniaria del simulador en orden al negocio de que en concreto se trata. Es el caso de quien dotado de escasos medios de fortuna aparece como prestamista de una cantidad importante o como adquirente de un bien de valor cuantioso (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1948: «Notable relación de inferioridad entre los medios económicos de A y la cantidad que dijo haber prestado a B...»). Indicio de fácil prueba—por inversión—y difícilmente desvirtuable.

9. *Movimiento bancario*: Falta de reflejo bancario de la operación que comportaría, si no fuera simulado, el negocio de que se trate. De prueba también muy sencilla, este indicio adquiere especial significación en su concomitancia con otros, como el de *subfortuna*, a que acabamos de referirnos, y el de *pretium confessus*, que después veremos.

10. *Pretium vilis*: Precio desproporcionado con el valor del objeto, entendido el precio en sentido lato de contrapartida dineraria en los negocios onerosos de toda especie y comprendiendo, por tanto, precio propiamente dicho, renta de los arrendamientos, intereses del préstamo, etc. La vileza del precio puede apreciarse directamente por el juzgador, por ser ostensible, evidenciándose en los demás casos a base de peritación, por aplicación de la doctrina de los actos propios o atendiendo a diversos criterios de valoración, como puede ser el establecido por la oficina liquidadora del Impuesto de Derechos Reales. Claro que este indicio pierde buena parte de su fuerza por ser «costumbre muy generalizada la de ocultar valor a efectos tributarios» (sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 25 de marzo de 1960), como es bien sabido.

11. *Pretium confessus*: Declaración en la escritura de haberse recibido el precio con anterioridad al otorgamiento. Costumbre frecuente, aun tratándose de negocios jurídicos verdaderos, pero muy característica de los simulados. Como indicio de prueba automática viene a reforzar otros ya mencionados, pero es fácil hacerlo desaparecer—no sin ciertos riesgos algunas veces—realizando ante el Notario la comedia de la entrega.

12. *Compensatio*: Declaración de pagarse el precio por compensación con un crédito. Simple modalidad del anterior, aunque menos expresivo.

13. *Precio diferido*: Declaración de quedar aplazado, en todo o en parte, el pago, con lo que pueden eludirse hasta cierto punto los cinco indicios anteriores. Aunque si se pretende el fraude de acreedores, como será normal, este procedimiento carece de objeto dada la posibilidad de subrogación de los mismos (art. 1.111 del Código civil), por lo que, como señala el autor, el precio diferido es, por lo general, un contraindicio de la existencia de simulación.

14. *Inversión*: Falta de justificación del ingreso del metálico en que consiste la contraprestación o del destino dado al mismo. Actuación por

pasiva de lo que más arriba se ha designado como movimiento bancario, es éste un indicio muy interesante, que permite invertir total o parcialmente la carga de la prueba, aunque—como es lógico—labora en su contra el transcurso del tiempo.

15. *Retentio possessionis*: Ausencia de toda conducta posesoria por parte del adquirente de la cosa. Síntoma altamente expresivo, de prueba a veces sencilla y que raramente consiguen desvirtuar expedientes, tales como el arrendamiento simultáneo a favor del transmitente, la reserva del usufructo o el apoderamiento *ad hoc*.

16. *Tempus*: Momento elegido para la conclusión del negocio, que aparece como indicio de simulación, bien por su proximidad a un acontecimiento esperado o probable, como pueda ser la inminencia de una ejecución, la resolución de un pleito o la muerte de una persona (*tempus coyuntural*, en terminología del autor), bien por denotar precipitación en el otorgamiento, lo que muchas veces se deduce del propio instrumento (*celeritas*), bien, finalmente, por resultar sospechoso en sí mismo el tiempo elegido para la realización del negocio, como en el supuesto de otorgamientos nocturnos o en días festivos (*tempus ocultante*).

17. *Locus*: Lugar elegido para la conclusión del negocio, que puede evidenciar en ciertos casos el ánimo de ocultación del mismo, como en el caso típico de traslado a otra población para el otorgamiento de la escritura sin razón alguna que lo justifique.

18. *Silentio*: Ocultación por cualquier medio del negocio realizado, ya sea mediante la actuación de las partes (sentencia de 7 de marzo de 1958 de la Audiencia Territorial de Albacete: «Se comportaron en su modo de obrar con secreto y clandestinidad...»), ya mediante la anormal omisión o dilación de la registración del instrumento, lo que siempre será de fácil demostración.

19. *Insidia*: Conducta específicamente dolosa del simulador, que puede entrar de lleno en la espera penal (falsificaciones o coacción) y, en todo caso, revestir variadísimas formas, que van desde la falsa declaración en la escritura de circunstancias tales como el carácter ganancial de los bienes, la mayoría de edad o los apellidos, hasta la captación dolosa—mediante coacción psicológica—de la voluntad del cómplice, tan frecuente en las liberalidades encubiertas que se producen en ciertos ambientes (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1963: «Compraventa a favor del hijo segundo, que había permanecido en el caserío conviviendo con los vendedores, sus padres, que en la fecha del contrato eran de avanzada edad, padeciendo, además, el padre perturbaciones mentales provocadas por arterioesclerosis.» Sentencia de 5 de julio de 1959 de la Audiencia Territorial de Madrid: «Ser el comprador padre provincial de una orden religiosa con mucha influencia sobre la vendedora»).

20. *Preconstitutio*: «Primorosa confección de la máscara» del contrato simulado, como expresa la sentencia de 20 de diciembre de 1957 del Tribunal Supremo, que precisamente por su virtuosismo excesivo «contribuye poderosamente a denunciarlo». En ciertas zonas de bajo índice cultural se ha dicho, con humor no exento de razón, que el solo hecho de acudir a la Notaría resulta ya sospechoso.

21. *Provisio*: Actuación del simulador tendente a asegurar al máximo la finalidad perseguida con la simulación. A este respecto, las «precauciones del simulador» pueden plasmarse en un contradocumento (negocios típicamente fiduciarios), en determinados actos de «contentación» o «coacción» con relación a los posibles futuros impugnadores del negocio simulado o en significativas cláusulas caucionales o de reserva

dirigidas contra el propio cómplice de la simulación. En el caso del contradocumento este indicio únicamente podrá fijarse por iniciativa o descuido de los interesados o después de la muerte de alguno de ellos; en los demás, queda fijado *ex re ipsa*.

22. *Disparities*: Disparidad de las prestaciones, en el sentido más amplio, o falta de equilibrio contractual, como en el caso del arrendamiento de escasa renta, con facultad ilimitada de subarriendo y renuncia anticipada a toda participación en los beneficios del traspaso (sentencia de 3 de junio de 1967 del Tribunal Supremo), en el de renuncia por el comprador a la evicción y saneamiento (sentencia de 9 de mayo de 1958 del Tribunal Supremo) o en el de la gratuidad del préstamo (sentencia de 13 de octubre de 1954 de la Audiencia Territorial de Madrid).

23. *Incuria*: Oponente semiótico de la *preconstitutio*, consistente en la omisión o descuido de lo que los simuladores consideran como accidental, lo que adquiere una especial significación en correlación con otros indicios, como el de la *celeritas*, antes expresado. Un ejemplo: «El Notario no expidió ninguna copia del documento de venta» (sentencia de 15 de julio de 1949 del Juzgado de Primera Instancia de Manacor).

24. *Inertia*: Pasividad del cómplice, consistente en su falta de contacto con la cosa adquirida, por ejemplo (reverso exacto de la *retentio possessionis*), en su despreocupación por el título contractual (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1949: «La primera copia de la escritura impugnada quedó en poder del actor, cosa inexplicable de ser cierto el contrato a que se refiere...») o en su inhibición en el propio proceso de simulación, del que se desentiende.

25. *Nescientia*: Notoria ignorancia revelada por el cómplice acerca de la naturaleza o contenido de alguno de los elementos del negocio, lo que constituye propiamente una modalidad del indicio precedente, concretada aquí a la esfera del conocimiento, de la que es consecuencia —nos dice el autor— el «factor amnésico, tan característico en los pleitos de simulación». Tal ignorancia puede referirse al propio objeto del negocio (sentencia de 17 de mayo de 1956 de la Audiencia Territorial de Valencia: «Ninguno de los sucesivos compradores llegaron siquiera a conocer las fincas...») o a determinadas circunstancias del mismo: rentas que produce, contribuciones que paga, etc.

26. *Dominancia*: Preponderancia de la actividad del simulador, manifestada de muy sutiles y variadas formas e incongruente con el papel que le correspondería si el negocio no fuera simulado. Es el caso del vendedor que sigue redactando y pasando al cobro los recibos de alquiler en la casa simuladamente vendida.

27. *Subyacencia*: Transparencia del negocio disimulado a través del simulado por el empleo de elementos o técnicas impropias de este último, como cuando la venta se realiza en la proporción exacta que por título de herencia correspondería a los compradores o a favor de éstos proindiviso.

28. *Contradocumento*: Existencia de un documento destinado a revelar el verdadero carácter de una operación jurídica aparente, restándole las consecuencias que, de ser auténtica, debiera naturalmente producir. Hay un supuesto muy típico de extraordinaria frecuencia en ciertas zonas: para eludir el impuesto sucesorio, cuando se trata de colaterales o extraños, se acude a la simulación de una venta; si para seguridad del vendedor—en realidad, donante «para después de la muerte»—éste se reserva el usufructo o cualquier otro derecho vitalicio, el riesgo del impuesto sucesorio no se elimina, en vista de la presunción que establece el artículo 27 del vigente Texto Refundido; por ello, a menudo se otor-

ga ante el Notario una venta simple, sin reserva ni cautela alguna, redactando previamente un documento privado de reserva de usufructo o reconocimiento de deuda, por ejemplo. Si a la muerte del vendedor tienen acceso a sus papeles personas perjudicadas por la venta simulada, raramente dejará de salir a la luz el contradocumento.

29. *Transactio*: Transacción en el proceso de simulación, en casos en que—de ser cierto el negocio impugnado—dicha transacción carece de sentido.

30. *Indicios endoprocesales*: Actitud procesal de los simuladores, que tantas veces hace patente la simulación, a pesar de resentirse ciertamente nuestro procedimiento de una penosa rigidez. Ejemplo clásico de estos indicios son las abiertas contradicciones entre las varias partes intervinientes en el negocio, especialmente cuando se refieren a elementos fundamentales del mismo, como la cuantía o forma de pago del precio. Como específicos indicios endoprocesales de simulación incluye el autor los que llama normalidad, tono, coyuntura, conducta oclusiva u obstruccionista, conducta omisiva (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1942: «No ha dado explicaciones aclaratorias ni rebatido en concreto las alegaciones del actor»), conducta hesitativa o dubitativa, conducta mendaz y conducta excriminativa. Es, en resumen, lo que, por lo general, distingue la actitud procesal de un inocente y de un culpable.

JULIO COLOMER SANCHO
Registrador de la Propiedad

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, ANTONIO: *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1973.

El número 16 de la Colección de Estudios Jurídicos, dirigido magistralmente por Evelio Verdura y Tuells y publicado por el Real Colegio de España en Bolonia, ofrece una monografía excelentemente concebida y clarísimamente desarrollada por el doctor en Derecho ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, y que prologa AURELIO MENÉNDEZ, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid.

La colección en la que se da a la publicidad el trabajo que recensamos tiene por objeto poner al alcance de los lectores de habla hispana de ambos lados del Atlántico trabajos de investigación que, en otro caso, habrían podido permanecer inéditos o no traducidos al castellano. Las obras proceden de los trabajos hechos por los colegiales y de otros juristas vinculados en algún modo con la Institución. Con ello, el Colegio rinde tributo de reconocimiento al cardenal don Gil de Albornoz, su fundador, en la forma que, sin duda, le habría resultado grata, y a los maestros del *Alma Mater* boloñesa, que por espacio de seis siglos han venido contribuyendo eficazmente a la formación de muchos de nuestros juristas.

Esta especie de resumen esquemático de la idea que guía a esta colección obliga a una depurada selección de trabajos que respondan perfectamente al rango y la altura científica que el Colegio de los Españoles de Bolonia tiene en el campo jurídico mundial. El hecho de ser incluido en esta colección ya representa un espaldarazo jurídico que pocos pueden ostentar. Por ello, ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ, al ser elegido para

continuar la lista, recibe la antorcha de esa especie de «fuego jurídico» y la mantiene con mano firme y a la altura que exige esta publicación.

En mi conocimiento de la familia PÉREZ DE LA CRUZ—de rancia solera registral, cordial, acogedora y llena de simpatía—me faltaba la toma de contacto con el autor del libro que comentamos. En sus ojos mediterráneos se descubre inmediatamente la costumbre de estar en contacto con Roma, superando la franja del mar y de las aguas jurisdiccionales. Registralmente podríamos decir que este jurista linda por el este con Roma, mar por medio. Intento ser objetivo aun y a pesar de esa elogiosa y emotiva dedicatoria, que da más valor al ejemplar que comento y que habla de vocaciones universitarias, cuando yo solamente tengo inquietudes problemáticas.

El tema del trabajo, en su asepsia legislativa, pudiera ser intrascendente; pero examinado a fondo y con la posible proyección del mismo en diversos aspectos de la vida del ente social, cobra relevancia, oportunidad y la gran posibilidad de su utilización. El prologuista de la obra pulsa perfectamente el problema y al enfrentar estadísticamente los casos de aumento de capital con los de reducción del mismo, reconoce cuantitativamente la superioridad de los primeros frente a los segundos, aunque ello no quiere decir que la reducción carezca de importancia, pues si bien puede tener, en principio, una función secundaria o instrumental que encubre una operación financiera más compleja, es también cierto que presenta una serie de problemas y variantes que exigen un detenido estudio en un intento de solución de los mismos.

Explica el prologuista el sistema de desarrollo de la obra, en el que se aborda inicialmente el concepto de capital para luego pasar al estudio de las dos clásicas formas legislativas de reducción y los supuestos concretos o especiales que la misma Ley contempla. El trabajo, y así lo aclara AURELIO MENÉNDEZ, es la base de la tesis doctoral del autor, que bajo la dirección del profesor SANTINI recibió el calificativo de sobresaliente *cum laude* y que luego ha sido reelaborada para su publicación, siendo ya el autor profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Autónoma de Madrid y en la actualidad agregado de la de San Sebastián.

Poco cabe añadir más antes del resumen de su contenido, limitándose a decir que la obra, dividida en tres partes (reducción efectiva del capital, reducción nominal y supuestos especiales), va precedida por una introducción destinada a fijar la esencia conceptual del capital social. Contiene un índice, una clave de abreviaturas y tres «andadores» fundamentales: una exposición alfabética de bibliografía utilizada, un índice de materias tratadas y otro de disposiciones legales españolas citadas en el texto. Ajustándonos a todo ello procede distinguir:

A) *Introducción.*—Si la patología del capital social en una de sus manifestaciones es la esencia del trabajo, no cabe duda que para manejar esos conceptos hay que partir del previo sobre el capital, y el autor destaca la notable discrepancia de criterio entre los diversos autores no sólo en lo referente a la terminología, sino en cuanto a su esencia y significado del vocablo capital. Con gran maestría señala tres grandes grupos o categorías de definiciones: a) Los que para lograr una definición se apoyan fundamentalmente en las aportaciones de los socios (el capital no es más que la suma de aportaciones de los socios). b) Los que patrocinan una concepción abstracta o nominalista diferenciándolo del patrimonio. c) Los que consideran fundamental una construcción jurídica diversa basada en la distinción de dos aspectos—nominal y real—del capital, que se nos ofrecen como el anverso y el reverso de un concepto jurídico unitario. Para completar estas tres acepciones del capital, el autor proyecta sobre el lector dos grandes temas que el capital ofrece:

su función económica y jurídica y los principios de ordenación del capital (determinación, efectividad y fijeza o estabilidad)

Una vez expuesto todo ello, el autor considera preciso abordar preparatoriamente el tema de las variaciones del capital enlazado legislativamente con el de las modificaciones estatutarias y que suponen operaciones complejas, en las que es preciso distinguir dos fases bien diferenciadas: la decisión y la ejecución. Especialmente destaca el aumento y la reducción del capital como claras hipótesis típicas recogidas en la Ley y la posibilidad de la existencia de otras figuras, entre las que cita el llamado reintegro o reintegración del capital (al que hace alusión el artículo 150, 3.º, de la L. S. A.) y la llamada amortización del capital (a la que parece aludir el art. 101 de la L. S. A.).

Culmina esta introducción comentando la noción general de reducción del capital y el aspecto casuístico con que es ofrecida por el legislador español, que obliga al intérprete a un esfuerzo doctrinal encaminado a realizar la construcción dogmática de la institución partiendo de las singulares hipótesis previstas por la Ley y tratar de abstraer las características esenciales que concurren en cada una de aquéllas. Entre las diferentes clases de reducción destaca la que legalmente se acomoda a la distinción entre la efectiva o real y la reducción nominal o contable, añadiendo la que gira sobre el concepto de voluntariedad (voluntaria o necesaria) y una última que se funda en la igualdad o desigualdad de trato entre los socios.

B) *Reducción efectiva del capital.*—Esta parte de la obra está esquematizada en tres capítulos, y en ella se tocan tres problemas fundamentales: la reducción del capital en el seno de la sociedad, el procedimiento de reducción y, por último, el principio de protección de los acreedores sociales.

En la parte destinada a la reducción se examina, en primer término, una serie de supuestos que llevan consigo ese fenómeno jurídico y así se cita, en primer lugar, como supuesto de reducción efectiva, el del acuerdo de disminución de la cifra representativa del capital, la condonación de dividendos pasivos y los supuestos en los que la sociedad asigne a los fondos que por efecto de la reducción resultan liberados de la cobertura del capital un destino distinto del reparto entre los socios (pudiendo realizarse esta operación haciendo que los fondos salgan del patrimonio social sin ingresar en el de los socios o bien que se mantengan en el acervo común afectos a la cobertura de partidas del pasivo no exigibles distintas del capital incrementando la cuenta de reserva, por ejemplo). El autor estima incluir todos los supuestos entre lo que se denomina reducción efectiva y no contable para evitar los perniciosos efectos que ello lleva consigo. Su opinión es que debemos estar ante una reducción efectiva siempre que a través de ella una fracción del activo neto social quede desvinculada de su afección a la cobertura del capital, con total independencia de que dicha fracción sea empleada en provecho de los socios, vaya a satisfacer otras necesidades o, aun permaneciendo en el patrimonio social, quede sujeta a un régimen de vinculaciones menos estricto del que hasta entonces ostentaba. Ello se complementa con el examen de la función económica y las secundarias, así como el requisito del acuerdo de reducción en la fase decisoria y su reflejo registral y contable.

En materia de procedimiento, el estudio despliega una serie de supuestos en los que se concretiza el mismo. Abre el estudio el problemático artículo 97 de la L. S. A., cuyo distinto criterio interpretativo es mantenido, de una parte, por GARRIGUES y, de otra, por GIRÓN TENA. El autor se inclina por la tesis última, que sostiene que la Junta General en su

deliberación indica al propio tiempo la clase de reducción y la forma en que va a afectar a las acciones. Entre las modalidades de reducción examina los tres casos siguientes: a) Que los fondos liberados de la cobertura del capital sean empleados por la sociedad en atender determinadas necesidades financieras, que al suponer un desembolso sin contrapartida patrimonial de posible inclusión en el activo del balance harán que desaparezca el excedente resultante de la reducción. b) Que dichos fondos sean mantenidos en el patrimonio de la sociedad, aunque sujetos a un régimen de afección distinto del que resulta de su vinculación a la cobertura del capital. c) Que la reducción se actúe de forma tal que sean los propios socios quienes se beneficien del excedente patrimonial resultante. Como formas de reducción del capital se destacan las de la reducción del valor nominal de los títulos, amortización de acciones (rescate de acciones y amortización sin previa adquisición de títulos por la sociedad) y agrupación de acciones (canje de un número de acciones por otro inferior). Una referencia final al problema de la reducción en las sociedades de responsabilidad limitada concluye este capítulo de la obra, que exigiría una mayor minuciosidad en estos comentarios para ir precisando cada uno de los supuestos estudiados.

El tercer punto es el de la protección de los acreedores sociales, que, como principio, parece jugar en esta operación, constituyendo—se ha dicho—uno de los problemas más delicados, pero que tiene evidente y distinta repercusión, según se trate de una reducción efectiva o una puramente contable. El autor pasa revista a los diferentes sistemas de Derecho comparado: Inglaterra (control externo del acuerdo de reducción), Suiza (control objetivo y subjetivo), Francia (oposición durante un plazo determinado), Bélgica (cualquier acreedor puede anular la decisión de la junta si no ha aceptado la misma de modo expreso), Italia (se les concede un plazo para su impugnación) y Alemania (sólo puede oponerse el acreedor a la ejecución del acuerdo). Por lo que se refiere al Derecho español, el autor examina el artículo 98 y hace una exégesis del mismo estudiando los problemas de su ámbito o supuestos a los que se aplica, clase de acreedores legitimados para el ejercicio de la oposición, plazo para entablar la oposición y forma y efectos de la misma. Culmina esta parte con el examen del problema en las sociedades de responsabilidad limitada.

C) *Reducción nominal*.—La llamada reducción nominal o contable del capital se caracteriza porque en ella la disminución del valor que experimenta la cifra representativa del capital no entraña al propio tiempo—en contraposición a cuanto sucede en la reducción efectiva—la correlativa liberación de fondos patrimoniales de los que la sociedad puede disponer para satisfacer cualquier tipo de necesidades o bien, como ocurre normalmente, para distribuirlos entre sus socios, reembolsando parte de las aportaciones efectuadas o eximiéndoles del pago de los dividendos pasivos pendientes de abono. Presupuesto de todo ello es que la sociedad se halle en una situación de desequilibrio patrimonial.

Previamente a la forma y momento en los que debe estimarse existente ese desequilibrio se estudian las medidas generales tendentes a restablecer ese desequilibrio y fundamentalmente la reducción del capital. Como supuestos diversos de reducción nominal se examinan los de reducción facultativa (por pérdidas inferiores a un tercio del capital) y la reducción obligatoria y el supuesto de pérdida íntegra del capital.

A diferencia de lo que sucede en la reducción efectiva, en que se estudiaban separadamente o en capítulos sucesivos los problemas del procedimiento y el principio de garantía de los acreedores, aquí se engloban ambas materias en un solo capítulo. El procedimiento de reduc-

ción se estudia partiendo del acuerdo de la Junta y el examen del artículo 99 de la L. S. A., que no excluye lo dispuesto en el artículo 97-2 de la misma Ley, así como las tres modalidades de reducción de valor, agrupación de acciones y amortización de un determinado número de títulos, estudiando especialmente el supuesto de la concurrencia de acciones con diversidad de derechos con las dos soluciones doctrinales al respecto y la posición del autor remitiéndose al criterio de reciprocidad del artículo 1.289 del Código civil.

En materia de defensa de los acreedores cita los tres sistemas existentes: a) El que mantiene el mismo sistema para la reducción efectiva. b) El que prescinde de la adopción de medidas. c) El que arbitra un sistema distinto. El español queda encuadrado en el segundo de ellos, ya que el artículo 99 de la L. S. A. así lo dispone.

D) *Supuestos especiales y afines a la reducción de capital.*—Descarta el autor los posibles supuestos que surgen en el proceso fundacional de la sociedad cuando el capital no ha sido suscrito por el importe que se previó en el programa de fundación o la reducción derivada de la no suscripción íntegra del capital en los casos de aumento de éste, para fijarse en aquellos supuestos claros a los que aluden los artículos 32 y 44 de la L. S. A., esto es, la reducción del capital resultante de la revisión de la valoración de las aportaciones *in natura*, la reducción del capital por exclusión de un socio o de su separación y los casos de ejercicio del derecho de tanteo, que contempla el artículo 20 de la L. S. R. L.

Por último, y como complemento de la materia, se añade el problema de la reducción del capital con cargo a beneficios o reservas, que es el trabajo que el autor ya publicara en el libro homenaje al profesor GARRIGUES. Fundamentalmente, la esencia del mismo reside en la precisión del concepto de «amortización del capital», la crítica de la redacción del artículo 101 del L. S. A. y el estudio de la amortización de los derechos individuales del accionista y de las acciones y bonos de disfrute.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PUIG PEÑA, FEDERICO: *Tratado de Derecho civil español*. Tomo II. Volumen 2 («Paternidad y filiación»). Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971.

El tratado de PUIG PEÑA es de sobra conocido y hace mucho que conquistó el favor de la crítica y sólo la reedición del mismo puede justificar todo nuevo comentario.

Se centra esta reseña sobre uno de los once volúmenes de la obra y que precisamente fue el primero en aparecer: el volumen II, del tomo II, bajo el título «Paternidad y filiación».

PUIG estructura el análisis del Derecho de familia siguiendo la distinción entre relaciones familiares propiamente dichas (matrimonio, paternidad y filiación), relaciones familiares en sentido amplio (parentesco) y relaciones cuasifamiliares (tutela). Pues bien, este volumen recoge todas estas gamas de relaciones excepto la matrimonial, perteneciente al primer grupo y objeto del volumen I.

Con carácter general diremos que no falta nada de lo que cualquier otro buen tratado de Derecho civil pueda tener y destacaremos, dentro

de cada parte, aquellos puntos en los que el autor se detiene especialmente, mantiene posturas propias, hace especial acopio de material o desarrolla matizaciones y figuras poco conocidas.

Se trata de la primera obra que ha abordado la nueva legislación sobre la adopción. Y la que recoge la más moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo.

PRIMERA PARTE

Las relaciones familiares propiamente dichas. La relación paterno filial: Teoría general de la filiación

Abarca esta parte los once primeros capítulos del volumen. La página 4, dentro del capítulo I, contiene un buen índice bibliográfico en la materia.

Caracteriza el autor a la filiación como «un estado propiamente dicho, estado que supone siempre una investidura legal y que está fundamentalmente asentado en la relación natural de la procreación». Y distingue un estado de filiación apoyado en la generación, un estado de filiación sin generación y una simple generación sin estado de filiación.

El instituto de la filiación presenta tres problemas: 1.º La fijación legal de las filiaciones (en contra de las tesis totalmente equiparatorias, deben mantenerse ciertas distinciones, sin llegar al rigor de las históricas). 2.º La determinación de los medios de prueba admisibles para su concreción (más difíciles de determinar en las filiaciones natural e ilegítima). 3.º Concretar los efectos jurídicos que se deriven de las diversas clases de filiación admitidas en el Derecho (en presencia del principio occidental de la inferioridad de los hijos extramatrimoniales y su evolución hacia las tesis equiparatorias, como la que recoge el artículo 25 de la Declaración de los Derechos del Hombre, hecha en París en 1948, que reconoce a todos los niños, cualquiera que sea su origen, igual derecho a la protección social).

El plan que sigue PUIG en cuanto a la exposición de la materia es más o menos el de los demás autores, con la particularidad de que la filiación legitimada se examina a propósito de la natural, sobre la distinción dentro de ésta de una situación no reconocida, otra reconocida y otra legitimada.

Vista la filiación se analiza, dentro de esta primera parte, la dirección del grupo familiar, es decir, la patria potestad (capítulos XI a XIII).

En el capítulo II se aborda el estudio de la filiación legítima y sus presupuestos fundamentales (lazo matrimonial de los padres, la concepción y el nacimiento dentro de la vida del matrimonio y la atribución inconfundible de la generación al marido y a la mujer), a propósito del segundo de los cuales es interesante la distinción entre una legitimidad propia, una legitimidad impropia derivada de la fuerza de proyección del matrimonio a los procesos de gestación anteriores y subsecuentes y una legitimidad imprecisa derivada de situaciones extrañas que hagan dudar de la precisión de su fuente.

Dentro del examen de la legitimidad propia es interesante la exposición de varias sentencias—la última, de 7 de marzo de 1963—sobre pruebas de imposibilidad del marido para tener acceso con su mujer.

El estudio de las legitimidades impropia e imprecisa está lleno de distinciones y matizaciones interesantes, sobre todo el de esta última: conflicto entre dos paternidades legítimas, conflicto entre una paternidad legítima y otra natural referida al comienzo del matrimonio, conflicto entre una paternidad legítima y otra natural referido a la terminación

del matrimonio, conflicto entre una paternidad legítima y una paternidad ilegítima no natural...

El tema del cumplimiento y del incumplimiento de las relaciones jurídicas derivadas de la legitimidad da paso al estudio de las correspondientes acciones de estado, con una casuística y un detalle hábilmente dosificados, con citas jurisprudenciales muy completas.

Los capítulos III, IV y V están dedicados a la filiación natural: el primero analiza la filiación natural no reconocida, «una especie de nada jurídico, frente al legalismo matrimonial que la sociedad exige, nada jurídico que, sin embargo, produce el fundamental derecho familiar de que se determine y reconozca la condición de hijo natural por el padre o la madre». El deber de reconocimiento y su incumplimiento constituyen el eje del capítulo, en el que la figura del escrito indubitado se estudia con precisión, recogiendo las sentencias de 16 de mayo de 1963 y 24 de febrero de 1966, favorables a la interpretación simplemente declarativa del número 1 del artículo 135 del Código civil, aun cuando el padre o madre no lleguen a expresar un decidido propósito de reconocer al hijo legalmente en dicho escrito. La posesión continua del estado de hijo natural recibe un tratamiento no menos minucioso, con detalle jurisprudencial, al igual que los casos de violación, estupro o rapto.

En cuanto a la investigación de la paternidad, el autor, tras un análisis histórico, considera los distintos sistemas del Derecho comparado: prohibición absoluta, prohibición cuando concurren determinadas circunstancias en los padres—fallecimiento del padre, adulterio o incesto, *plurium concubentium*, supuesto para el que el Código civil ruso adopta una solución solidaria—, prohibición cuando las pruebas en las que la investigación se apoya no son de las que la Ley establece y sistema de libertad absoluta.

El autor se muestra partidario del último, según las legislaciones más progresivas. En este sentido cita como evolutivas en nuestro Derecho las referidas sentencias de 16 de mayo de 1963 y 24 de febrero de 1966, interpretando extensivamente el artículo 135.

Se analizan los Códigos ruso, alemán y suizo.

El estudio de la acción de reclamación de estado se refuerza con la especialidad de la enumeración y consideración de diferentes excepciones en la doctrina extranjera, singularmente en la francesa, a su admisibilidad (notoria mala condición de la madre, existencia de relaciones sexuales con otra persona, imposibilidad física de engendrar, vejez del pretendido padre, escasa edad del mismo, análisis negativo de la sangre...); excepciones algunas de las cuales—según PUIG—pueden oponerse, aunque concurren varias de las circunstancias que, según el artículo 135, obligan a reconocer en nuestro Derecho.

El tratamiento de la filiación natural reconocida—objeto del capítulo IV—comienza con la precisión del concepto y caracteres del reconocimiento, como acto de voluntad *personalísimo*, si bien cabe por mandatario con poder especialísimo (el Z.G.B. suizo admite el reconocimiento por el abuelo en el supuesto de fallecimiento o locura del padre), *individual* en cuanto al reconocedor y al reconocido, *puro y no susceptible de condición y esencialmente irrevocable*. A continuación se estudia la naturaleza jurídica y elementos personales—con especial consideración de los reconocimientos hechos por mujer casada y por el menor—con detalle especial del medio, del artículo 49, apartado 1.º, proposición 1.ª de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957; el cumplimiento e incumplimiento de los deberes que para padre e hijo genera el reconocimiento, y, finalmente, las causas extintivas de la filiación natural, con un respetable desarrollo de la acción de impugnación.

Como ya dijimos, PUIG PEÑA introduce la innovación metodológica de configurar a la filiación legitimada dentro de la filiación natural—filiación natural legitimada—, que tiene «plena claridad, a diferencia de la reconocida, que sólo tiene alguna luz, y de la no reconocida, que se desenvuelve en plena oscuridad». La legitimación, por lo demás, recibe en el capítulo V un tratamiento histórico, positivo, doctrinal y jurisprudencial correctísimo.

La distinción histórica entre hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos sirve al autor para estructurar—en el capítulo VI—el examen de la filiación ilegítima no natural.

Respecto de los hijos incestuosos—que lo son del pecado y del delito—habidos de procreantes relacionados en grado no dispensable (nefarios), PUIG señala algunas posibilidades indirectas de reconocimiento separado.

El estudio de la evolución histórica del concepto de hijo adulterino es bastante extenso, con un estudio de las situaciones en las que el reconocimiento, siempre prohibido en principio, se hace más o menos fácil indirectamente.

Se hace una buena precisión técnico-jurídica del concepto de hijo sacrílego puestos en relación los artículos 83, 40 y 119 del Código civil.

Tras el cuadro del cumplimiento e incumplimiento de los derechos y obligaciones en la filiación ilegítima no natural, acaba el capítulo con un examen de la filiación en las legislaciones forales (fundamentalmente de la ilegítima en Cataluña, con arreglo a la Compilación de Derecho civil especial de 21 de julio de 1960, título I, libro I) y de la filiación en el Derecho Internacional Privado.

En cuanto a la *adopción*, el tratado de PUIG es, como decíamos, el primero que recoge la reforma por la Ley de 4 de julio de 1970, reforma que el autor entra a analizar tras un previo y adecuado encuadre histórico del Derecho comparado y conceptual. Se comentan especialmente la reforma de la edad para adoptar (treinta años, antes treinta y cinco) y dieciséis años más que el adoptado (antes dieciocho); la sustitución de la expresión «eclesiásticos» por la de «personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio»; la desaparición de la prohibición relativa a los que tenían hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos, siguiendo el modelo catalán; la posibilidad de adoptar a los propios hijos naturales reconocidos; las innovaciones en materia del régimen del menor abandonado...

El expediente de adopción, aprobado por el Juez competente con intervención del Ministerio Fiscal, requiere una serie de consentimientos (arts. 173 y 174), que se esquematizan con mucha claridad. La postura del autor en cuanto al carácter constitutivo de la escritura de adopción, es tajante en presencia del artículo 175, párrafo 1.º, y no así en cuanto a la inscripción en el Registro Civil.

La asimilación del hijo adoptivo al hijo legítimo—consagrada por el artículo 176, 1.º, como principio general—sirve de base para el estudio del cuadro de derechos y obligaciones y su cumplimiento e incumplimiento.

El epígrafe «Extinción de la adopción» considera especialmente (junto a la muerte e impugnación) la revocación, no admitida en el Código (artículo 177, también reformado). En términos generales, se limita en la reforma aún más la posibilidad de impugnación por los padres legítimos o naturales en perjuicio de los padres adoptivos.

En cuanto a la *adopción plena*, en su régimen jurídico se han introducido como novedades fundamentales, en relación a su anterior regulación, las siguientes: 1.ª Permitir la adopción plena de los menores de catorce años sin necesidad de que se hallen abandonados, así como la de los mayores en determinados supuestos. 2.ª Conferir a adoptante y adoptado posiciones jurídicas asimiladas a las de padre e hijo legítimo, respectivamente.

Pueden adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio, requisito éste que el autor estima anacrónico, sobre todo si se tiene en cuenta que la reforma permite adoptar, por otra parte, aun teniendo el adoptante hijos o descendientes legítimos o naturales.

Igualmente pueden adoptar, según el artículo 178, las personas viudas o solteras; el cónyuge declarado inocente; uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte; el padre o madre al propio hijo natural reconocido.

Pueden ser adoptados, también según el artículo 178, 2.º, «únicamente de manera plena, los menores de catorce años y los que siendo mayores de esta edad estuviesen viviendo antes de alcanzarla en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos; aunque no mediasen estas circunstancias podrán serlo también los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, que el Juez valorará en la forma establecida en el artículo 173».

El arbitrio judicial, al igual que hizo la reforma de 1958 en materia de nulidad y separación del matrimonio, adquiere una importancia muy grande, como puede verse en la nueva regulación de la adopción, ya que el Juez, según el artículo 173 citado, puede siempre valorar la conveniencia de la adopción para aprobarla o no (según el art. 174 puede, igualmente, valorar las situaciones de abandono).

Por lo que se refiere a efectos de la adopción plena, el principio general es el de asimilación a la filiación legítima.

En cuanto al nombre, el adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes (la legislación francesa admite incluso el cambio del nombre).

Por lo que se refiere a derechos sucesorios desaparece el antiguo contrato. Los aspectos sucesorios de la adopción no se desarrollan por PUIG en esta parte de su tratado, sino en la correspondiente a sucesiones.

Al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza.

En cuanto a la *adopción simple* (se elimina la expresión menos plena), el autor se limita a comentar el Código, destacando la asimilación del hijo adoptivo menos pleno a efectos sucesorios al natural reconocido.

Dentro de la excelente técnica del tratado, el tratamiento de la patria potestad (caps. 8, 9, 10 y 11) es sobresaliente.

La evolución histórica de la función y de las situaciones de su cumplimiento es interesante e ilustrativa. La participación de la madre en la patria potestad se analiza con gran técnica, distinguiéndose los supuestos de madre asociada a la patria potestad, madre sustitutiva y madre sucesora, recogiendo modernas sentencias, como la de 20 de abril de 1963. Se aborda extensamente el tema de la patria potestad de los padres naturales.

Los deberes de guarda, alimentación e instrucción y educación se encuadran y detallan de forma sistemática y útil, al igual que el usufructo y administración de los bienes de los hijos.

A propósito de la figura del «defensor del menor» se cita una interesantísima lista de criterios jurisprudenciales en cuanto al concepto «oposición de intereses».

En materia de extinción de la patria potestad se considera especialmente la emancipación, a propósito de la que existe en el tratado otra interesante lista jurisprudencial en materia de «actos de disposición».

Los temas de la privación y suspensión de la patria potestad, así como su recuperación, se esquematizan originalmente haciendo sencillo el panorama de los distintos supuestos y de sus efectos en el Código civil y en el Código penal.

SEGUNDA PARTE

Relaciones familiares en sentido amplio

Esta segunda parte comprende el estudio de la teoría general del parentesco (caps. XII y XIII) y el análisis de la deuda alimenticia entre parientes (caps. XIV y XV).

El estudio del parentesco en forma unitaria y especial obedece a una sistemática totalmente eficaz, desde el punto de vista de perspectiva, principios y ordenación de materias.

Tras unas consideraciones generales sobre familia en sentido amplio y causas determinantes del parentesco se estructura la panorámica de éste según: 1.º, esté articulado sobre la descendencia directa (tanto en la filiación legítima como en la no legítima); 2.º, sea similar al de consanguinidad en virtud de la filiación adoptiva, estudio muy completo; 3.º, se base en la ascendencia común, o 4.º, en el matrimonio: sobre estas líneas estructurales, la exposición de la materia es muy completa.

En cuanto a la deuda alimenticia entre parientes se aborda su examen extensamente, como corresponde a la categoría del autor de monografía en la materia (*La deuda alimenticia entre parientes*, «Revista General de Derecho», 1948, págs. 130 y sigs.; *Alimentos*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, 1950, págs. 579 y sigs.).

Las posibilidades económicas del alimentante y las necesidades del alimentista se matizan en una casuística siempre interesante. Tónica que preside el estudio de las características de la deuda: personalísima, inatacable, recíproca, ausencia de solidaridad e indivisibilidad, sometida a la regla *in praeteritum non vivitur*.

Claras las distinciones entre alimentos naturales y civiles, materiales e inmateriales y voluntarios, legales y judiciales.

Muy claros, en fin, todos los extremos referentes a elementos personales, principios de reciprocidad y parentesco, particularidades de la obligación alimenticia y la relación personal, cumplimiento (cuantía, lugar, modo, momento) e incumplimiento y extinción (muerte del alimentante o del alimentista, reducción de la fortuna del primero, mejora de la del segundo, causa de desheredación, mala conducta).

TERCERA PARTE

Relaciones cuasifamiliares

El estudio de la tutela es muy extenso, unas 190 páginas.

La página 402 contiene unas bonitas líneas en defensa del encuadre de la tutela dentro del Derecho de familia, frente a las tesis «partegeneralistas», a las obligacionistas o a las iuspublicistas.

Tras la exposición del concepto, evolución histórica, sistemas de Derecho comparado y sistema español de tutela (tutela de familia, unidad tutelar y tutela orgánica) se hacen unas consideraciones críticas, que transcribimos por su interés: «Resulta necesario—página 418—, ante todo, que se actualicen, con su debida aplicación, las reglas tutelares que hacen referencia estricta a la protección del incapacitado. La práctica, en efecto, sobre todo cuando se trata de un menor que no tiene fortuna o de un tutor ascendiente del incapacitado, descuida la observancia real de los preceptos...» «Es asimismo necesario simplificar todo lo que se pueda el complejo abigarrado de normas referentes al instituto proteccionista

de la tutela. En la mayoría de los casos resultan muy costosas, imponiendo al peculio del incapacitado una serie de gastos que luego se reflejan en el enorme pasivo de las cuentas de la Administración. Por otra parte, esa multiplicidad de normas hace que no lleguen a cumplirse y los tutores adopten una actitud pasiva por temor a tener que cumplir al pie de la letra toda la serie de presupuestos sustantivos y de procedimiento que aquéllas establecen...» «Aun respetando los lazos de cariño convendría ir evitando poco a poco el abuso que nuestras leyes hacen de las tutelas legales. Se ha podido observar que en la mayoría de los casos los ascendientes y las ascendientes carecen de la aptitud necesaria para el cuidado y representación de los incapacitados...» «Convendría asimismo procurar el desarrollo de la iniciativa del menor, permitiendo su mayor intervención en las deliberaciones del consejo e incluso en algunos actos del tutor, y, sobre todo, recibiendo su opinión en los asuntos que puedan interesarle personalmente... No es preciso llegar a este respecto a las exageraciones de la Ley británica, que faculta al menor a nombrar su propio tutor; basta adoptar un temperamento flexible, como hace el Código alemán, y ordenar que los órganos de la tutela tengan en cuenta necesariamente la propia opinión del menor en las actividades que van preparando su entrada en la propia plenitud de su vida...» «Finalmente, en los países que, como España y la mayoría del grupo latino, se han orientado por el sistema de la tutela de familia, convendría reducir la función del consejo a sus más justos límites..., y que se fuese acentuando, como se hace en España, gracias a la labor de la jurisprudencia, la intervención de la autoridad judicial...»

La constitución de la tutela se estructura sobre la distinción metodológica entre fase provisional (que se extiende hasta la formación del consejo de familia) y fase definitiva (en que dicho organismo está perfectamente articulado). Así estructurada la exposición se analizan ordenadamente los distintos supuestos de hecho, base de la tutela: minoridad sin patria potestad, incapacitación, prodigalidad. Supuestos a propósito de cuyo estudio se incrustan interesantes cuestiones concretas: ¿Procede la tutela por muerte del adoptante? Hipótesis del divorcio por culpa de ambos padres, muerte del cónyuge inocente, reconciliación, ausencia no declarada...

En el examen de las clases de tutela hay que destacar el detenimiento con que se aborda la tutela testamentaria. Igualmente, el nombramiento del protutor, la formación del inventario, la constitución de fianza, la puesta en posesión del tutor—extremo éste poco considerado en otros tratados—, la inscripción en el Registro de Tutelas...

El análisis de la figura del tutor es muy claro y está magníficamente trazado. El principio de unipersonalidad da pie al examen de una serie de hipótesis muy interesantes (supuestos de tutela ejercida por varios individuos, concurrencia de tutores, nombramiento de tutores especiales al lado del ordinario...).

Las obligaciones del tutor antes, durante y después de la tutela se exponen muy bien con un broche importante: el estudio detenido de la cuenta final de la tutela, de forma poco común en otros tratadistas. Todo ello queda perfectamente contrastado con un capítulo dedicado al incumplimiento de esas obligaciones y sus consecuencias.

El protutor se estudia en capítulo exclusivo, igual que el consejo de familia.

Finalmente, en la extinción de la tutela se distinguen las causas provenientes de la desaparición del pupilaje (mayoría de edad, muerte del incapacitado, adopción del mismo, reintegración de los padres al ejercicio de la patria potestad, obtener el menor capacidad semiplena por el matrimonio o la habilitación, desaparecer la causa que determinó la in-

capacidad) y las causas provenientes de la desaparición del poder tutelar (muerte del tutor, su incapacidad o remoción).

El volumen termina con el examen poco corriente de otro punto concreto: la prescripción en materia de tutela.

En su conjunto, la obra se caracteriza por su sistemática impecable —frecuentemente original—, su claridad, la preocupación especulativa y el detalle de múltiples hipótesis.

Todo ello en la muy buena imprenta de la Editorial de la Revista de Derecho Privado.

GERARDO MURIEDAS MAZORRA

VÁZQUEZ BOTE, E., con la colaboración de FEDERICO PUIG PEÑA y ENRIQUE DE ANGULO: *Derecho civil de Puerto Rico*. Tomo I. Volumen I. Introducción y parte general. FAS, Ediciones Jurídicas, 1972.

Hace ya algunos años viví el gran drama de unos opositores, que después de varios de preparación doctrina y profunda venían a mí con el gran entusiasmo de que complementase esa preparación y les diese el impulso final para ganar la oposición. Ese grupo, poco a poco, se fue disolviendo y olvidando sus pretensiones de opositores para ir ocupando sitios y lugares preferentes en el campo jurídico, negocial y administrativo. Su gran preparación había servido para el triunfo en esos puestos, pero—paradójicamente—no había sido suficiente para obtener la oposición, y es que para el logro de ésta, aparte de conocimientos y suerte, es preciso jugar unas cartas imprescindibles que la misma exige.

A ese grupo pertenecía el autor de la obra que ahora me toca recensionar. No obstante, EDUARDO VÁZQUEZ BOTE nunca se incorporó a mis sesiones de trabajo. Estuvo en contacto indirecto y un buen día puso mar por medio y se situó a la otra orilla del Atlántico. De allí he seguido sabiendo de él. Un día era una separata lo que me enviaba; otro, una carta; otro, una inquietud, y, por fin, apareció de nuevo por aquí dispuesto a realizar su tesis doctoral, que terminó brillantemente. La morriña de Puerto Rico le hizo volver y allá sigue estudiando, enseñando y, lo que es más importante, escribiendo. Su vocación de jurista se palpaba nada más cruzar una palabra con él. Es como el marinero al que se le adivina el mar con sólo mirarle a los ojos.

A su voz, permanentemente añorada, se le han unido ahora *cadencias* del país americano; pero este contagio se ha hecho extensivo al Derecho que rige en Puerto Rico, y merced a su constancia, a su profundidad de gran jurista y a su gran deseo de servicio ha podido llevar a cabo tan ardua labor de publicar por primera vez un «texto que sirva de apoyo y orientación en el estudio, aplicación y renovación del Derecho vernáculo». Vaya por delante mi enhorabuena antes de descender a detalles.

En la tarea de elaboración de la obra han colaborado el eminente jurista FEDERICO PUIG PEÑA, que ha permitido entresacar de su obra todo lo referente a esa especial legislación, así como ENRIQUE DE ANGULO ZAPATERO, discípulo del autor y actual compañero, a quienes, junto con otras personalidades, en el prólogo se les menciona y se les rinde el tributo de agradecimiento que merecen, a juicio del autor.

El contenido de la publicación está referido a lo que podríamos considerar como parte general del Derecho civil, a partir del legado que nos brindó SAVIGNY. Es la parte más delicada de este Derecho y donde reside ese arsenal de *pesos* y *medidas* que sirven para dar idea al lector de la dimensión y del bagaje de juridicidad que el autor nos puede ofrecer.

Dos libros dividen este volumen. En el primero se trata del concepto de Derecho y del Derecho civil para luego pasar al puertorriqueño. El libro segundo es más amplio y comprende la teoría de la norma y sus fuentes, la relación jurídica y uno de sus elementos: el sujeto. Conforme a ello distribuiremos nuestras notas críticas. La obra lleva estructuralmente un índice de abreviaturas y una orientación bibliográfica de gran profusión y utilidad, y viene completada con un índice de jurisprudencia, otro de «opiniones» de la Secretaría de Justicia, otro temático y alfabético de conceptos y otro sumarial. Al frente de cada capítulo se ofrece al lector una bibliografía muy completa y al pie de página constan las notas y citas precisas, que hacen de la obra un trabajo monográfico y bien documentado. Siguiendo sus partes distinguimos:

A) INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO CIVIL.—El arranque de la obra no puede ser más prometedor y más ortodoxo. Con GAYO se dice: «Todos los pueblos regidos por leyes y por costumbres practican un Derecho.» Este arranque vincula al jurista a seguir manteniendo a lo largo de la obra el tono de la cita que la encabeza.

Las principales cuestiones que se van a plantear a lo largo de esta parte son conceptos en torno a lo que debemos entender por Derecho, Derecho civil y Derecho puertorriqueño. Para definir el Derecho, el autor opta por la postura que lo conjuga con la idea de justicia, y así, primero nos ofrece la definición de GENY (conjunto de reglas a las cuales está sometida la conducta exterior del hombre en sus relaciones con sus semejantes bajo la inspiración de la idea natural de justicia) y concluye con la de PUTG PEÑA. Después de examinar el problema del fin del Derecho enfoca el de las diversas clases del mismo, y entre las cuales plantea con más extensión la del Derecho público y el Derecho privado, que en última instancia soluciona aceptando la idea del interés general y particular, aunque advierte—con gran clarividencia—de la necesidad de un Derecho social donde la distinción sea sumamente inoperante y donde se armonicen perfectamente los intereses generales y particulares. La apasionante distinción entre estos Derechos y el inevitable predominio que va adquiriendo el Derecho público es la gran trampa en la que están cayendo los juristas para admitir esa especie de fenómenos de avulsión donde el Derecho administrativo se va apoderando trozos conocidos de terreno, que aun perteneciendo al Derecho privado no se reivindicán. Me estoy refiriendo al Derecho urbanístico, donde juegan tantos conceptos tradicionales procedentes del campo privado.

Los temas que se enfocan dentro del concepto del Derecho civil pueden reducirse a su sentido histórico, su significado político, su contenido y el problema de la codificación. Para el autor es Derecho civil aquella parte del Derecho privado que tiene por objeto la dignidad de la persona, realizándola mediante la atención de los derechos que le corresponden en sí misma, como miembro de la familia y como titular de un patrimonio, dentro del núcleo social en que se desenvuelve.

Respecto del Derecho puertorriqueño, el autor señala su existencia y precisa cómo es algo que no ha nacido de súbito, sino que ha obedecido a una elaboración lenta y progresiva, en la que se dejan sentir numerosos, distintos y contradictorios elementos. Señala el autor tres grandes fases: la fase de integración en el Derecho español, la de reorientación hacia el Derecho norteamericano y la fase de «concienciación» del Derecho puertorriqueño. Recorre todas las etapas, las fases de revisión, etc., hasta llegar magistralmente al Código civil vigente de 1930 y a sus enmiendas y reformas posteriores.

B) PARTE GENERAL DEL DERECHO CIVIL.—Hemos apuntado que el autor en esta parte hace tres grandes estudios referidos a la norma jurídica,

a la relación jurídica y a uno de los elementos de la misma: la persona. Dentro de cada uno de estos estudios van perfilándose muchos puntos en relación con ellos. Por eso, para una mayor claridad, distinguiremos con el autor estos apeaderos dentro del concepto general:

a) *Teoría general de la norma jurídica*.—Se acepta inmediatamente el concepto que nos ofreciera DE CASTRO sobre Derecho objetivo, en el que se conjugaba la idea del Derecho con la de Justicia (la reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural). Para precisar la estructura de una norma en concreto se vale de los dos elementos diferenciadores: la previsión (o supuesto de hecho) y disposición correlativa (efecto jurídico). Después de distinguir las diferentes clases de normas afronta el problema de las fuentes y de los principios que las rigen (unidad y jerarquía del ordenamiento, supremacía de la ley, sujeción a las normas reconocidas y libertad de interpretación). Por último, se refiere al Derecho puertorriqueño, en el que aún existen reminiscencias y literalidades de nuestro Código civil. Percibo, con el gran temor a equivocarme, de que en esta materia el autor queda vencido por las tradicionales opiniones hispánicas, en las que originariamente se basó su conocimiento.

Particular estudio dedica a las diversas clases de fuentes: ley, costumbres, usos, principios generales del Derecho, jurisprudencia y doctrina, así como la equidad. Dispuesto a elegir materias, creo que la más felizmente desarrollada es la que dedica a la costumbre, y noto muchas ausencias de las teorías sobre jurisprudencia y principios generales del Derecho procedentes de la obra de JOSEF ESSER, que el autor cita en sus notas bibliográficas y que luego no utiliza debidamente en su estudio. Me ha llamado la atención el encuadre de la equidad dentro de las fuentes del Derecho, y es que dentro del Derecho puertorriqueño hace alusión a la misma inmediatamente después de la ley, diciendo en su artículo 7 que el Tribunal resolverá conforme a equidad, que quiere decir que se tendrá en cuenta la razón natural de acuerdo con los principios generales del Derecho y los usos y costumbres establecidos. La equidad en nuestro Derecho no pasa de ser un procedimiento inspirador de soluciones, pero no fuente directa del Derecho, como en el puertorriqueño, aunque el autor demuestra que luego de la ley es la costumbre, seguida de los principios generales del Derecho o Derecho natural próximo (la razón natural conforme con los principios generales), la inmediata fuente jurídica. Me fijó también en la nota—a mi juicio, muy acertada—del autor sobre lo que se denomina jurisprudencia hipotecaria, que si en un principio dependía de la Dirección General de los Registros, en la actualidad está supeditada al Tribunal Supremo, y que curiosamente se estructura en el sentido de que las resoluciones son «vinculantes» para los Registradores, pero no para los Tribunales, cosa ilógica, que combate el autor. Debe precisarse que si bien en España no forman jurisprudencia, en el sentido de doctrina legal, tampoco son *vinculantes* para los Registradores, pues éstos, en su calificación, siguen siendo independientes aun y a pesar de reiteradas resoluciones de la Dirección General.

El siguiente capítulo se refiere a la interpretación, que se considera por el autor como actividad encaminada a indagar y reconstruir el significado que deba atribuirse a una declaración o comportamiento dentro del ámbito o mundo social en que éstos se expresan. Es la línea de SAVIGNY o «reconstrucción del verdadero pensamiento contenido en la ley». Inevitablemente y en forma simultánea a esta materia enfoca las relacionadas con la misma, cuales son: la metodología, los elementos de la interpretación, las reglas y los aforismos de la misma, para culminar con los

problemas de la investigación integradora—con su interrogante de las lagunas de la norma—y el sistema analógico.

El problema de la eficacia de las normas jurídicas se distribuye en tres partes, que van precedidas de una especie de introducción, cual es la de los principios que rigen la misma: el deber, la sanción y la eficacia constitutiva. En la primera parte se habla *curiosamente* del «acondicionamiento de la eficacia de las normas jurídicas», que no pasa de ser el aspecto o situaciones personales que pueden representar posibles excepciones a la eficacia: ignorancia, dispensa, renuncia, actos contrarios a la norma y en fraude de ella. La eficacia de la norma jurídica se complementa con los problemas de la cesación—derogación y abrogación de la norma—y la contemplación de la eficacia en relación con el ámbito temporal y su constante problema de retroactividad, así como en el espacial, que lleva de la mano a la incursión dentro de lo que podríamos llamar Derecho internacional de carácter privado.

b) *Teoría general de la relación jurídica.*—El autor analiza la esencia de la relación jurídica aportando como doctrinas decisivas las de BARASSI y TILOCA, así como la de CICALA, en cuanto suponen que la situación jurídica creada por la norma se pone en contacto por producirse en la realidad, y ahí es cuando surge o nace la relación jurídica. O lo que es lo mismo: la relación jurídica surge cuando la realización de la hipótesis se produce.

Naturalmente, el autor recorre ese inevitable camino ya abierto por la doctrina en el cual se aborda el problema del carácter de la relación jurídica (relación entre personas o entre personas y cosas) y que debe centrarse en una relación de personas, la estructura de la relación jurídica, las clases y el problema de la institución jurídica, que a mi entender no se perfila en sus plenos caracteres (carácter orgánico que presupone supuestos inderogables y frente a los que la voluntad no opera más que por adhesión), para luego pasar al concepto del deber jurídico y desembocar en el Derecho subjetivo y las teorías que tratan de precisar su esencia (negativa, identificadora con el poder, la del interés, la ecléctica y la que lo identifica con el problema de la autonomía de la voluntad), así como sus clases y los diferentes problemas en orden a su adquisición, situaciones interinas, posibilidad de la existencia de derechos sobre derechos y estructura del mismo. Un capítulo entero se destina a la teoría de los derechos subjetivos en su modalidad de ejercicio, que viene perfilado por sus límites intrínsecos y extrínsecos, examinándose particularmente la doctrina del abuso del Derecho y el problema de la colisión de los derechos.

Por último, siguiendo la doctrina tradicional, el autor nos lleva de la mano al problema de la protección del Derecho subjetivo a través de las cuatro instituciones que se conocen: la conservación de los derechos, la garantía de los mismos, la defensa privada y la defensa judicial. Quizá por apegarse excesivamente a los cánones tradicionales no ha querido afrontar ese principio general de la seguridad jurídica que comprende, de una parte, la seguridad del tráfico y, de otra, la seguridad del Derecho. Patológicamente, el Derecho exige un último tratamiento en sus modificaciones y esto vincula al autor para ir exponiendo la doctrina de las modificaciones (objetivas y subjetivas), el problema apasionante de la subrogación real (figura ésta utilizada con relativa frecuencia en la actualidad legislativa), la sucesión, la extinción, la disposición, la renuncia y el poder de disposición. Considero estas últimas partes muy esquemáticas y con fines puramente didácticos, más que doctrinales.

c) *El sujeto de la relación jurídica.*—En la escala que el examen de este elemento subjetivo exige recorrer, el autor no olvida ninguno de los tramos y sabe afrontar cada uno de los supuestos que la necesidad de

la investigación exige. Parte el autor de la idea del sujeto de la relación jurídica enunciada por FERRARA: la persona y solamente la persona puede ser sujeto del Derecho subjetivo y sujeto de la relación jurídica: ser investido de poder jurídico, que generalmente actúa por sí o por medio de otro.

«Partido por gala en dos», el régimen del sujeto de la relación jurídica se ofrece al intérprete distinguiendo, de una parte, la persona individual y, de otra, la persona jurídica. El autor agota primero toda la materia referida a la individual para cerrar la obra con la teoría de la persona jurídica.

En la persona individual, el examen se prolonga para abarcar los problemas fundamentales que exige una exposición completa. Del concepto de persona se pasa al problema de su metodología, que referida al Derecho puertorriqueño hace llevar esta teoría al Derecho constitucional, posición que el autor critica, ya que, siguiendo a DE CASTRO, considera que la regulación de los derechos de la persona, sean civiles puros, sean políticos, debe reservarse a los Códigos civiles. Persona y personalidad, comienzo de la personalidad, nacimiento, concepción, prueba del nacimiento y extinción de la personalidad son temas tratados en inevitable desarrollo de la materia.

El problema de la identificación de las personas individuales lleva consigo el estudio específico de dos temas trascendentales—sobre todo a efectos jurídicos—: el nombre y el domicilio. Claro está que la cibernética en sus aplicaciones fiscales reduce los mismos en su esquemática toma de datos al número que figura en el documento de identidad o tarjeta justificativa de la personalidad. Inicialmente ello lleva consigo una «despersonalización».

La teoría general del estado de la persona, su capacidad, la edad y su mayoría (que el Código puertorriqueño precisa en los veintiún años) y los distintos supuestos que en la misma pueden influir (minoría, emancipación, sexo y matrimonio, enfermedades, parentesco y ausencia) son estudiados en forma general con inevitables referencias al Derecho puertorriqueño. Culmina esta referencia a la persona individual con el estudio del Registro del estado civil o «demográfico», según expresión puertorriqueña.

El último capítulo de la obra lo constituye el tema de las «personas jurídicas», que, a mi juicio, es un acierto por su concisión y claridad. No obstante, lo encuentro—al filo del progreso jurídico—un poco falto de actualidad, sobre todo teniendo en cuenta serios trabajos publicados, quizá con simultaneidad a la redacción de la obra. Me estoy refiriendo al trabajo de DE CASTRO: *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, que con motivo del centenario de la Ley Notarial se publicó en uno de los volúmenes.

El resumen general de la obra puede concretarse en un elogio positivo, ya que a la claridad de conceptos y a la exposición didáctica de los mismos se une una fácil sistemática y un lenguaje perfectamente comprensible, aunque a veces, como en la página 172, se utilice un término que no es jurídico, sino marino («abroquelar») y que me ha sorprendido en su referencia a los Tribunales de Justicia. «Tirar de los extremos de las vergas hacia popa para que las velas reciban el viento por la cara de la proa» tiene difícil encaje en esa labor de interpretación judicial de la norma, pero en Puerto Rico, mar cercano, este término puede ser corriente y hasta sancionador para el extraño que no lo utilice.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre 1972

Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español, por José Luis de los Mozos, págs. 1027 a 1082.

La vida independiente del menor no emancipado, por Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano, páginas 1083 a 1152.

En torno al privilegio del crédito quirográfico, por Ricardo de Angel Yagüez, págs. 1153 a 1158.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Enero-febrero 1973

Ley sobre coordinación de funciones de los altos órganos del Estado, por José María Martín Oviedo, páginas 21 a 24.

Arbitrios insulares a la entrada de mercancías y sobre el lujo. Normas para la elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales reguladoras de los mismos, por Ricardo Gómez Ascando, páginas 25 a 30.

Orden de 16 de noviembre de 1971 sobre aplicación del sistema denominado «doble circuito» para control aduanero de viajeros y sus equipajes en los aeropuertos

internacionales, por Narciso Amorós Dorda, págs. 31 a 34.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Las cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas, por Manuel Aguilar García, páginas 7 a 64.

El Notario latino y su función, por Manuel de la Cámara Alvarez, páginas 65 a 321.

Las capitulaciones matrimoniales en las novelas de Balzac, por José María Castán Vázquez, páginas 323 a 362.

El proceso de codificación civil en el sur de América latina, por Saúl D. Cestau, págs. 363 a 394.

Un precedente de la publicidad registral en el mundo antiguo, por Antonio Linage Conde, págs. 395 a 416.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Marzo-abril 1973

Lo que no modifica el proyecto de Ley de Reforma de la Ley del Suelo, por Antonio Carceller Fernández, págs. 13 a 30.

Aspectos jurídicos de los planes de ordenación urbana, por David Herrero Lozano, págs. 31 a 80.

Problemas urbanísticos en los municipios turísticos, por Manuel Santaella López, págs. 81 a 92.

REVISTA GENERAL
DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA

Abril 1973

La compilación del Derecho civil o Fuero Nuevo de Navarra, por Javier Nagore Yáñez, págs. 391 a 420.

Nueva competencia en la jurisdicción contencioso-administrativa, por José María Reyes Monterreal, págs. 421 a 470.

REVISTA GENERAL
DE DERECHO

Abril 1973

El derecho de asilo, por José Martí Soro, págs. 306 a 313.

Los alojamientos turísticos (Derecho positivo), por Jesús-Agustín Pellicer Valero.

REVISTA JURIDICA
DE CATALUNA

Enero-marzo 1973

Investigación de las variables intervinientes en la valoración de la prueba de presunciones por los Jueces, por Sección de Sociología y Psicología Jurídicas de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio de Abogados, págs. 7 a 32.

Los llamados Fondos de Inversión Inmobiliaria, por Ramón María Llevadot Roig, págs. 33 a 62.

Lenguaje y Derecho, por Ramón Badenes Gasset, págs. 63 a 90.

REVISTA DE DERECHO
PRIVADO

Abril 1973

La interpretación del testamento en el Derecho común, por José María Castán Vázquez, págs. 281 a 308.

¿Crisis del contrato de esponsales?, por José María Nin de Cardona, págs. 309 a 312.

