

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLVIII • Noviembre - Diciembre 1972 • Núm. 493

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.

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- "La penetración pública en la propiedad urbana", por RAMÓN MARTÍN MATEO ... 1229
- "El Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y las donaciones, especialmente la de bienes del Matrimonio", por MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA ... 1257
- "Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral, en relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra", por ANTONIO BILBAO ARISTEGUI ... 1299

NOTAS:

- "Las pólizas mercantiles y el Registro de la Propiedad", por CELESTINO A. CANO TELLO ... 1317

VIDA JURIDICA:

- "Primer Congreso Internacional de Derecho Registral" ... 1323
- "Conclusiones adoptadas en la VIII Reunión de Profesores de Derecho Procesal (Valencia, 3 al 5 de mayo de 1972)", por VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN ... 1337

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

- I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRERO y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO .. 1343

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS, JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI. 1355
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS 1397
3. Jurisprudencia procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO 1399
4. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ 1403

- III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS 1409

LIBROS:

- "Temas de Derecho Notarial y Calificación Registral del Instrumento Público", de JOSÉ M.^a CHICO ORTIZ y CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ, por ELÍAS IZQUIERDO 1417
- "Manual de Derecho Civil Español", vol. IV, de DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, por JOSÉ QUESADA SEGURA 1419
- "Dal Vecchio al nuovo Diritto Commerciale", de REMO FRANCESCHELLI, por FRANCISCO MESA MARTÍN 1424
- "La intervención adhesiva simple", de J. MONTERO AROCA, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ 1427
- "El socio industrial", de MERCEDES VERGEZ SÁNCHEZ, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ 1432

- REVISTAS** 1441

E S T U D I O S

La penetración pública en la propiedad urbana

I. TECNICAS PRECEDENTES

Es indudable que a lo largo de la historia, y a partir del momento en que la humanidad adoptó territorialmente formas estables de convivencia, pueden detectarse restricciones en la libertad de asentamiento y ordenaciones espaciales impuestas por los responsables de las comunidades respectivas. Así, por ejemplo, se ha llegado a datar históricamente la adopción del sistema de calles cuya invención se pretende atribuir incluso a un filósofo helénico. Pero sólo en presencia de modos civilizatorios predominantemente urbanos estas restricciones adquieren un sentido jurídicamente relevante, como revela el hecho de que aquella calle, tempranamente descubierta, todavía no ha sido asimilada en nuestros días en los medios elementalmente rurales (1).

Una proyección erudita del tema en estudio prolongado en el tiempo, la indagación retrospectiva haciendo escala en la organización de las ciudades mesopotámicas, egipcias, griegas y romanas. En estas últimas encontraría anticipaciones realmente notables de nuestros actuales sistemas de saneamiento, abastecimiento de aguas, regulación del tráfico, etc. Podría descubrirse también que las vigentes preocupaciones de renovación urbana fueron anticipadas por Nerón de la trágica manera que nos ha transmitido la Historia.

Todo esto y a otra escala es aplicable a la España greco-romana y a la Medieval en cuyas Cartas Pueblas, Fueros municipales y Copilaciones reales, encontramos vestigios de ordenaciones urbanísticas que se pro-

(1) Me refiero a los tipos de asentamiento disperso a que responden todavía muchas comunidades del tipo, por ejemplo, de los lugares, aldeas y agrupación de caseríos, que se dan todavía entre nosotros en algunos puntos del norte del país.

longan hasta el siglo XIX a través de la Novísima Recopilación (2). Pero todo ello, como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA (3), tiene para nosotros en estos momentos escaso interés (4), puesto que desde la perspectiva actual la regulación urbanística de la propiedad no prolonga sus raíces más allá de la segunda década del pasado siglo, época en que se inició el gran movimiento industrializador que va a desencadenar la serie de acontecimientos que originan las preocupaciones del urbanismo contemporáneo.

Recortado así el horizonte temporal vamos a afrontar, en primer lugar, los avances normativos sobre el modelo tradicional de propiedad privada que tuvieron lugar en la centuria aproximadamente comprendida entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX, preparándose el terreno para el asentamiento del actual ordenamiento urbanístico y sus previsibles proyecciones.

1. LOS ESTÍMULOS DE LOS PRIMEROS ENSANCHES

A partir de 1864, y en sucesivas legislaciones que en alguna manera prolongan sus efectos hasta bien entrado este siglo (5), se van a lanzar una serie de operaciones urbanísticas encaminadas a facilitar la expansión de las ciudades más sensiblemente afectadas por las sucesivas olea-

(2) Véase, por ejemplo, GUILARTE: *La casa y los orígenes de la ordenación urbana*, Madrid, 1964.

(3) *Apuntes de Derecho Administrativo*, curso 1969/70, vol. III, pág. 26.

(4) Aunque algunas realizaciones urbanísticas tengan aún interés, al menos en su carácter ejemplificador de lo que debe ser una concepción urbana de acuerdo con las necesidades de una época y las previsiones de futuro, en este sentido es altamente significativa la obra de HAUSSMAN en París. Sobre todo, interesa evocar aquí las directrices a que respondían la creación de las ciudades de Indias, en las que puede observarse anticipaciones verdaderamente notables de lo que siguen siendo exigencias insatisfechas del urbanismo contemporáneo; me refiero a la atención que en la fundación de las ciudades se prestaba al marco ecológico, a la reserva de terrenos y a la racionalidad estricta a que estaba sometido todo el proceso. Vid. al respecto, *Ordenanzas de Felipe II sobre descubrimientos, población y planificación de las Indias*, en "Boletín de Archivo General de la Nación", México, tomo VI, mayo-junio 1935. R. A. GAKENHEIMER: *The Peruvian City of the Sixteenth Century*, en "The Urban explosion in Latin America", Cornell University Press, 1967. MORSE: *Some Characteristics of Latin American Urban History*, en "American History Review", vol. LXVII, núm. 2, enero 1962. OTS CAPDEQUI: *El régimen de la tierra en América española*, Universidad de Santo Domingo, 1944; también, *El Estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, 4.ª edición, 1965.

(5) Me refiero a la técnica de anexiones, que se va a mantener al amparo de las legislaciones especiales de las grandes ciudades promulgadas en la década de los cuarenta.

das de industrialización (6). Desde el punto de vista urbanístico, estas iniciativas van a tratar de adosar al casco de la ciudad tradicional nuevas zonas urbanizadas con arreglo a un plan preestablecido, destinadas a albergar viviendas de tono más moderno destinadas a sectores sociales procedentes fundamentalmente de la burguesía urbana. Esta política, de la que es quizá el exponente más significativo el ensanche barcelonés que animó CERDÁ (7), fue posteriormente o de forma simultánea acompañada con anexiones de términos municipales colindantes y venía animada por una filosofía expansionista que veía como objetivo privilegiado el máximo crecimiento de la ciudad matriz.

Los instrumentos jurídicos utilizados no implicaron mayores erosiones en las figuras dominicales clásicas, apoyándose más en las técnicas liberales del fomento que en los medios directamente intervencionistas que hoy nos son familiares. La clase propietaria que jugó aquí un papel central va a controlar decisivamente el proceso con el concurso también de empresarios emprendedores del tipo del Marqués de Salamanca. Ello explica que se buscara siempre la rentabilidad privada de las operaciones, recurriéndose para ello a estímulos fiscales, a la afectación de los nuevos rendimientos tributarios, a la amortización de los gastos y a la adscripción de las plusvalías a su levantamiento al incluir la toma de posiciones sobre las fajas laterales de las vías de nueva apertura. La expropiación forzosa se maneja sólo en última instancia y a manera de compulsión sobre propietarios renuentes a facilitar el desenvolvimiento de estas operaciones.

En cualquier caso se trataba de empresas muy concretas, localizadas territorialmente que prescindían del contexto general urbano y para cuyo logro se disponía de incitaciones negativas y positivas ya conocidas, que escasamente afectaban el contenido permanente de los derechos dominicales.

(6) Al amparo de esta legislación se aprobaron los ensanches de Madrid, Barcelona, San Sebastián y Bilbao. Vid., para una referencia general a este tipo de operaciones, BIDAGOR: *El siglo XIX*, en "Resumen histórico del urbanismo en España", Madrid, 1954, págs. 205 y sigs.

(7) Vid. *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios a la reforma y ensanche de Barcelona*, Barcelona, 1867, donde se plasman las concepciones a que respondió la obra de Cerdá, inspirada, como se sabe, en los modelos hispanoamericanos que conoció en su experiencia en América latina. Una edición reciente ha sido realizada en tres volúmenes por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1967-68. En el volumen III se incluye una interesante bibliografía y anexo documental a cargo de ESTAPE.

2. LA POLICÍA SANITARIA

Esta ha sido, sin duda, modernamente la primera modalidad legitimadora de una más intensa intervención pública en el juego de las relaciones de la propiedad. Recordemos que fueron precisamente las dramáticas condiciones de las ciudades inglesas al filo de la mitad del siglo pasado, las que motivaron la legislación pionera de dicha nación (8) sobre la base de las preocupaciones estrictamente sanitarias que habían calado en el ánimo de unas clases dirigentes que se sentían amenazadas por riesgos de epidemias. Es conocido el impacto que produjo el Informe Chadwick y la penosa situación que de la clase obrera en Inglaterra revelaron al mundo ENGELS y MARX (9).

En nuestro país fue también la higiene pública el título habilitante de avances conformadores del dominio urbano apoyadas en las técnicas de la policía sanitaria. Primeramente se actuó con base a normas de rango puramente municipal y después se dio entrada a disposiciones más generales, como la Ley de 18 marzo de 1895 para las obras de saneamiento y mejora interior de poblaciones que desarrolló el Decreto de 15 de diciembre de 1896.

Sin embargo, esta legislación, aunque contiene entre sus objetivos principales el saneamiento urbano, no utiliza técnicas nuevas y prácticamente se sitúa en la lista de la legislación de ensanche tratando únicamente de facilitar las expropiaciones de terrenos. Sólo en 1904 va a aparecer una normativa singular que a través de la Instrucción General de Sanidad Pública intenta preparar una Reglamentación municipal homogénea que abarque aspectos importantes para el urbanismo, como las condiciones higiénicas mínimas de las edificaciones y el sistema de saneamiento. Esta disposición fue completada con la Real Orden de 12 de octubre de 1910 en la que ya expresamente y al hilo de preocupaciones sanitarias se regula por primera vez la altura de los edificios en función de la anchura de las calles.

Todavía el Reglamento de Obras, Bienes y Servicios Municipales que desarrolla el Estatuto Municipal de 1924 sigue anclado en esta perspec-

(8) El informe CHADWICK de 1845 animó a la Public Health Act inglesa de 1848.

(9) Como hizo observar ENGELS para la ciudad de Manchester, "la casi totalidad de sus 350.000 obreros vivían en unos *cottages* en mal estado, húmedos y sucios; las calles estaban, en la mayoría de los casos, en el más deplorable estado y extremadamente sucias y fueron construidas sin el menor cuidado por la ventilación, con la preocupación única del mayor beneficio posible para el constructor". *Die Lage der arbeitenden Klasse in England*, Leipzig, 1845, cit. CHOAY: *El urbanismo, utopías y realidades*, trad. esp., Barcelona, 1970, página 231.

tiva (10) no obstante suponer el antecedente más inmediato de la vigente legalidad urbanística al incluir generalizadamente la idea del plan, la zonificación y la proporción de zonas verdes.

3. RELACIONES DE VECINDAD

Entendemos aquí por relaciones de vecindad, distorsionando un poco quizá las categorías tradicionales y aquellas delimitaciones del dominio determinadas por la necesidad de compatibilizar varias relaciones dominicales confluyentes en el mismo espacio. El tratamiento del Código Civil de la propiedad parece venir influido por dichas preocupaciones, pudiendo pensarse que las limitaciones a que alude el artículo 348 del Código son fundamentalmente aquellas que bajo la rúbrica de servidumbre y con un trasunto vecinal indudable regulan los artículos 549 y siguientes del mismo texto legal. Aunque, como es sabido, el propio Código distingue dentro de las servidumbres legales entre las que tienen por objeto la utilidad pública y las que afectan intereses particulares, en ambos casos parece haber una común preocupación de equilibrio de derechos en la justificación de tales limitaciones.

Es claro que en la mayoría, al menos de las servidumbres privadas, hay una preocupación vecinal. Pero también las públicas pueden ser reconducidas a este esquema.

Las servidumbres de utilidad pública tuvieron un antecedente importante para la materia que nos ocupa en el Real Decreto de 14 de julio de 1849 sobre travesías de los pueblos por donde cruzan las carreteras principales, decreto que claramente establece la primacía de estas vías y su prevalencia sobre la propiedad privada colindante, la sujeción de las obras a un plan, la precisión de licencias para las nuevas edificaciones contiguas y su sometimiento a alineamientos y rasantes. Otras servidumbres de este tipo pensadas en función de la inmediación de la obra pública fueron las que establecieron las leyes de Aguas, Carreteras, Ferrocarriles, etc., así como el propio Código en función de las instalaciones de defensa. En un sentido más lato que se despegaba ya netamente de la servidumbre tradicional están las limitaciones establecidas en razón del transporte de energía eléctrica y de los hilos telefónicos.

Más difícil se encuadra en la servidumbre propiamente dicha, pero sí incluidas también dentro del ámbito de una vecindad pacífica, son las

(10) Como demuestra la significativa circunstancia de que el estatuto centra las máximas responsabilidades en esta materia en la comisión sanitaria central y en las comisiones sanitarias provinciales, vid. sobre el particular, RICO-AVELLO: *Historia de la sanidad española* (1900-1925), Madrid, 1969.

limitaciones que el Código establece en materia de actividades potencialmente perjudiciales para el resto de los convecinos, regulación que no ha perdido aún su vigencia.

Tanto las servidumbres de utilidad pública como las de interés privado implican así la primera posición limitadora de los derechos dominicales por razones de convivencia. La técnica de las servidumbres es la respuesta a este tipo de problemas, solución que formalmente incluso se sigue manteniendo en ordenamientos contemporáneos, como el francés, que responde ahora a planteamientos radicalmente diversos.

4. LA PROTECCIÓN DEL INQUILINO

Una legislación que ha producido serio impacto en la configuración de la propiedad urbana es la que, en todos los países y con distintas oscilaciones, se ha venido adoptando para tutelar los intereses de los arrendatarios urbanos frente a los arrendadores. Los fundamentos de este tipo de legislación son conocidos. Se trata de proteger en unos casos a sectores económicamente más débiles, llegando incluso a eximirlos totalmente de obligaciones al respecto, como sucede con los obreros en situación de paro (11). Otras veces se persigue más o menos encubiertamente una redistribución de rentas, la articulación de una determinada política económica en materia de precios, o simplemente distraer la atención de otros problemas no dominables coyunturalmente por el Gobierno en turno, congelando el precio de aquellos bienes más fáciles de mediatizar.

La legislación de alquileres que tiene precedentes históricos dilatados, arranca en España en su formulación moderna de 1920, habiendo producido consecuencias bien visibles en el tejido urbano de la nación. Nuestras ciudades aparecen a menudo con manchas de deterioros imputables al abandono de zonas de fincas no rentables, aunque en otros casos paradójicamente, pero no sin graves costos sociales, se haya facilitado la renovación urbana utilizando las técnicas de declaración de ruina o de inadecuación de edificios, y determinando a la par densidades más elevadas de las deseables en unos lugares y menos de los asimilables en otros, donde el equipo urbano permitiría mayor intensidad de uso que el representado por grandes y obsoletas viviendas habitadas por familias reducidas.

Pero prescindiendo de estas consecuencias urbanísticas a las que hay que sumar las derivadas del hecho de que sea hoy España el país con

(11) Según el Decreto de 18 de octubre de 1940. Orden de 13 de diciembre del mismo año y Decreto de 24 de diciembre de 1964.

menos viviendas en alquiler, lo que aquí nos interesa resaltar es que la legislación de arrendamientos ha supuesto una sustancial modificación del contenido dominical para todos los propietarios urbanos en cuanto que, bien han sido desanimados de esta modalidad de utilización de sus bienes, bien en caso de ser afectados por ella, ven disminuidas las posibilidades de optimizar su rendimiento económico de acuerdo con las condiciones del mercado.

II. EL URBANISMO COMO FUNCION INTEGRAL

Como hemos visto, las técnicas antes analizadas se basan en títulos legitimadores específicos, sean éstos la ampliación o renovación de la urbe, la sanidad, las relaciones de vecindad o la protección de los inquilinos. Estos títulos operan desde perspectivas concretas y superponen sus efectos sin visión de conjunto. Pero el urbanismo va a enfrentarse ahora con situaciones nuevas. La necesidad, como dice el preámbulo de la Ley del Suelo, de preceder al fenómeno demográfico, eliminando objetivos a corto plazo y territorialmente circunscritos y afrontando, en definitiva, el hecho urbano en su conjunto con todas las consecuencias que ello pueda implicar y mediante la utilización coordinada y confluyente de cuantos instrumentos económicos, científicos y jurídicos sean precisos.

El urbanismo aparece así como un título legitimador específico que justifica una gama prácticamente indefinida de actuaciones públicas (12) cuya colisión con los intereses privados se va a resolver lógicamente mediante el sacrificio, en la medida necesaria, de los últimos en beneficio de los intereses colectivos. La propiedad va a ser así afectada de lleno en sus modalidades dominicales urbanas, prolongándose sus efectos a toda la comprensión del dominio inmobiliario. Los poderes públicos asumen la responsabilización de la convivencia urbana solicitando para ello eficaces medios capaces de superar los obstáculos jurídicos que se les enfrente.

(12) La jurisprudencia se ha hecho eco de esta nueva situación concibiendo el ordenamiento urbanístico "como un gradual y coordinado sistema normativo al que debe ajustarse el ejercicio de las facultades dominicales" (sentencias de 14 de octubre de 1969 y 21 de noviembre de 1969). En cuanto a la función conformadora y orientadora de la propiedad privada de esta legislación, vid., entre otras, la sentencia de 18 de abril de 1964, 1 de marzo de 1965, 24 de abril de 1968 y 21 de octubre de 1969.

1. FACTORES DETERMINANTES

A) *El progreso tecnológico*

No vamos a entrar aquí en la exposición en detalle que reiteradamente se viene haciendo en múltiples trabajos, de las causas motivadoras de la contemporánea civilización urbana. Unicamente apuntaremos sin mayor énfasis culturalista el hecho de que la gran concentración urbana de nuestro tiempo que ha sustituido el enfoque tradicional, sectorial y localizado de los problemas de la convivencia territorial por un tratamiento integral de los elementos básicos de la vida comunitaria.

Este cambio de estrategia ha sido motorizado por la actuación de factores tecnológicos determinadoras de la afluencia de ciudadanos a las urbes y de su propia configuración física. Lo que ha producido la sustancial mutación de las formas tradicionales de vida de la humanidad y producido un cambio radical en las relaciones económicas y sociales, ha sido, sin duda, el avance en el dominio de la naturaleza de la mano de la naturaleza de sensacionales instrumentos técnicos. Ello ha impulsado, como es suficientemente conocido, un trasbase de poblaciones del campo a la ciudad al necesitarse menos esfuerzos humanos en el punto de origen y más en el de destino.

La tecnología ha influido también en la misma morfología de los conjuntos urbanos. Así, el ascensor, las técnicas innovadoras de la construcción, la posibilidad de concentrar servicios, van a influir en el aumento de unas densidades que, de no ser reguladas, pueden ocasionar resultados patológicos para la organización vital de las villas. Por su parte, los transportes, factor capital en la estructuración de las ciudades, pueden, a su vez, facilitar a iniciativas privadas la realización de modelos espontáneos que pugnen con los intereses colectivos, ora llevando las concentraciones a límites excesivos, ora produciendo dispersiones irreversibles para el conjunto.

En el pasado, cuando las cifras de población de las ciudades, incluso de las grandes, eran modestas y prácticamente estables, cuando las técnicas de construcción no permitían importantes alteraciones del entorno, podían bastar medidas aisladas del tipo de las ya expuestas para asegurar una pacífica convivencia vecina. En estos momentos los medios existentes a disposición de los particulares son tan considerables y afectan a masas tan elevadas de ciudadanos, que los poderes públicos se ven forzados a mediatizar drásticamente sus poderes.

B) *La complejidad de la convivencia urbana*

Además, la organización de las ciudades se hace extremadamente complicada como consecuencia precisamente de los avances tecnológicos a que nos hemos referido, de los medios económicos de sus moradores y de sus legítimas e implacables ansias de mejoras materiales y espirituales.

Cuando un propietario decide edificar su solar desencadena una serie de efectos que no sólo le van a afectar directamente a él, sino, en mayor o menor medida, a todos los habitantes de la ciudad. Esta situación no es parangonable con la que se producía en el pasado, cuando la iniciativa de construcción de una vivienda era un asunto fundamentalmente personal, que a lo más trascendía a un pequeño núcleo de vecinos inmediatos. Con cuidar que éstos no resultasen perjudicados y que se respetase un mínimo de alineaciones a lo largo de las vías comunes era suficiente. Es obvio que esto nada tiene que ver con la edificación de un superconjunto urbano en la periferia o en el centro de una ciudad. Tales decisiones van a influir en la vida cotidiana de múltiples personas, que vendrán afectadas en sus tiempos de desplazamiento, en sus hábitos relacionales o en sus preferencias de ocio.

Pero aun tratándose de una casa individual, alejada quizá del centro, las consecuencias son también importantes. Lo de menos es el hecho físico de la edificación, que resultaría inutilizable para los fines perseguidos si no viniese apoyada en una serie prácticamente ilimitada de decisiones colectivas.

Porque si LE CORBUSIER ha dicho que la casa es una máquina para habitar, podemos afirmar nosotros que la ciudad es una máquina de convivir. Para que una vivienda resulte habitable, en términos de niveles urbanos normales, será preciso que cuente, como mínimo, con accesos suficientes, adecuadamente pavimentados e iluminados, abastecimiento de aguas, saneamiento y, sobre todo, electricidad. Otros múltiples servicios habrán de sumarse a los anteriores: bomberos, policías, aparato educativo, sanitario, teléfonos, televisión, recogida y tratamiento de residuos, transportes, etc. Es lógico, pues, que la decisión individual deba ser contrastada con las exigencias propias del equipo colectivo, que, inevitablemente, habrá de soportarla.

Todo un urbanismo subterráneo (13) y de superficie suministra las nerviaciones vitales de la máquina habitacional individual. Más allá de

(13) Existe ya una literatura científica sobre este tema, al que se han dedicado incluso Congresos Internacionales; el V tuvo lugar en Madrid del 5 al 11 de octubre de 1969.

estos dispositivos, la comunidad debe velar cada vez con mayor atención por que no se destruya el sistema ecobiológico que alberga la ciudad y cuyo deterioro progresivo amenaza no sólo su propia existencia, sino el futuro como tal de la humanidad.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Es lógico que, como puede esperarse, el ordenamiento haya tenido que reaccionar de alguna forma para hacer frente a las anteriores circunstancias, abordando frontalmente la mediatización de los ámbitos de poder inherentes a la situación de dominio privado. Las soluciones propuestas por una legislación cada vez más numerosa y proliferante tienen a menudo el carácter de tanteo, porque, debemos afirmarlo de una vez, aún no se han encontrado fórmulas satisfactorias en ningún país, no importa cuál sea su postura condicional. Pero es que, además, es difícil imaginar que en ningún momento histórico a partir de ahora pueda darse con soluciones definitivas ante la imposibilidad de asimilar situaciones que ya han cambiado cuando la norma inicia su vigencia. Tan sólo algunas pautas podrán ser de utilidad, si no ya para conseguir lo mejor, para evitar lo peor, al menos.

A) *El papel central del plan*

Ante la variedad, interrelación y complejidad de los factores determinantes del desarrollo urbano es obvio que habrá de contarse con algún instrumento que suponga una pauta unificadora y racionalizadora de las decisiones que concatenadamente han de tomarse para producir un marco convivencial aceptable. El plan va a ser así el instrumento capital para la ordenación de la vida urbana a partir de unos objetivos maximalistas previamente adoptados. Podemos concebirle como la concretización normativa de un sistema urbano (14). El planificador busca con su apoyatura «coordinar, integrar, proyectar y decidir sobre la base del bienestar público total, sobre todos o la mayoría de los aspectos de la vida de la ciudad o región, con un mayor período de tiempo a la vista» (15).

(14) A la perspectiva del urbanismo como sistema ha dedicado McLoughlin su obra *La planificación urbana regional*, trad. esp., Madrid, 1971; vid. también. RACIONERO: *Urbanismo y planificación*, en "Revista de Occidente", diciembre 1971, página 299, quien señala cómo "a consecuencia de este enfoque la teoría de la planificación se está dirigiendo hacia un punto de vista integrativo. Las teorías de sistemas expuestas por Bertalanffy, Wiener o Ashby comparten una base idealista común, que ha reforzado idealista 'comprensivo' o global en la teoría de la planificación".

(15) McLoughlin: *Planificación urbana regional*, pág. 117.

El plan, pues, supone la adopción de determinadas opciones; la fijación de un modelo ideal, con arreglo al cual se van a contrastar las tendencias del desarrollo; la asignación de protagonismos, y la fijación de las responsabilidades confluyentes al logro de los objetivos programados. Se requieren para ello medios técnico-científicos, una apoyatura económica y, sobre todo, instrumentos jurídicos. Este punto, que es, naturalmente, el que aquí nos interesa, implica una disciplina nueva de los derechos dominicales, que va a encontrar enconadas reacciones, porque, como observa RIVERO, «cuando los terrenos de las ciudades y de sus periferias se encuentran en viejas naciones intensamente ocupadas, la propiedad privada inmobiliaria, fundamento de la civilización del Código Civil, opone *a priori* la soberanía del señor de cada parcela a los grandes designios del humanista» (16).

Esta resistencia, humanamente incomprensible, por lo demás, encuentra una discutible justificación económica en el terreno jurídico, porque una vez afirmado el imperio del plan y su disciplina, el propietario difícilmente puede oponer derechos precedentes, ya que es precisamente el plan el que realmente otorga unas posibilidades de aprovechamiento urbanístico que antes no existían (17). Sin el plan, pues, no surge la propiedad urbana. La propiedad urbana es creada por el plan (18) y éste configura su contenido económico en cuanto que determina *ex novo* cuáles son los usos y las posibilidades de las parcelas aprovechables por su propietario. El plan prolonga, por contraste, sus efectos a toda la propiedad inmobiliaria, en cuanto que la que no está comprendida en su ámbito queda fuera de las modalidades de utilización propias de los terrenos urbanos (19).

Como gráficamente decía BALLBE, «en la luna no hay solares». Es decir, la edificabilidad es un subproducto, un hecho convivencial urbano aceptado y reconocido por el plan. La idea amplia de plan que hemos expuesto y que no se corresponde sólo con una imagen física de expresión fundamentalmente cartográfica implica, además, una serie prolongada de efectos, que, como veremos, abarcan también múltiples

(16) Prólogo a la monografía de BOSQUET: *Planification urbaine et propriété urbaine et propriété privée*, París, 1967.

(17) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Apuntes de Derecho Administrativo*, cit., página 154, tesis que ya había sentado anteriormente en su libro *Problemas actuales del régimen local*, Sevilla, 1958, en el capítulo dedicado a estudiar la *Ley del Suelo y el futuro del urbanismo*.

(18) Una posición más tradicional es la sustentada por NÚÑEZ RUIZ en *Derecho urbanístico español*, Madrid, 1967, quien entiende que la relación básica del derecho de propiedad es preexistente al derecho de la planificación.

(19) Así, nuestra Ley del Suelo, artículo 69, establece las limitaciones urbanísticas del suelo rústico, excluyendo su utilización de acuerdo con las modalidades típicas del aprovechamiento urbano.

aspectos de las modalidades de utilización del suelo y de las posibilidades de disfrute de las edificaciones. Así, por ejemplo, entre nosotros, los arrendamientos urbanos vienen afectados por el plan e incluso la concesión de beneficios a la edificación de viviendas se subordina a la preexistencia de planes debidamente probada (20).

El plan puede enriquecer a un propietario o privarle no sólo de sus expectativas, sino del montante de la impresión efectuada para la adquisición de terrenos. Que esto deba ser así con tal radicalidad sin que se monten mecanismos compensatorios y redistributorios es cosa distinta, que no desvirtúa la potencialidad creadora de los planes.

Estas consideraciones son válidas también para nuestro Derecho, donde, a partir de la obra de la Dictadura y, sobre todo, desde el hito fundamental de la Ley del Suelo, se ha ido consolidando el protagonismo central del plan en las tareas de regimiento urbano. En este sentido, el artículo 61 de la Ley del Suelo establece que las facultades del derecho de propiedad se ejercerán de acuerdo con lo establecido en los planes de ordenación, puntualizando el artículo 60 que ello conferirá derecho a indemnización, por suponer la mera definición del contenido normal de la propiedad.

B) *Remodelación del estatuto inmobiliario*

La presencia del plan y del contexto normativo en que se inserta han supuesto ciertamente, como ha quedado ya apuntado, más que una revisión de la configuración del dominio inmobiliario, una auténtica remodelación sobre bases en buena medida nuevas (21). Las corrientes

(20) Vid. desde una perspectiva civilística para las interferencias de la legislación urbanística en la ordenación arrendaticia urbana, SOTO NIETO: *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, Madrid, 1970, vol. I, págs. 331 y sigs.

(21) La doctrina administrativista como civilista ha tomado plena conciencia de estas realidades. Vid. desde la primera perspectiva GONZÁLEZ BERENGUER: *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, pág. 24. CARRO MARTÍNEZ: *Los principios de la nueva Ley del Suelo*, en "Revista de Estudios de la Vida Local", núm. 88, pág. 532. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 423. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Problemas actuales del régimen local*, cit., pág. 111. C. MARTÍN RETORTILLO: *La Ley del Suelo, examen de las principales restricciones que ella impone al tráfico jurídico de los bienes urbanísticos*, en "Estudios jurídicos varios", vol. II, Madrid, 1962. CARCELLER FERNÁNDEZ: *El derecho y la obligación de edificar*, Madrid, 1965, pág. 30. En el campo civilista podemos señalar, entre otras, las tomas de posiciones de Díez-PICAZO: *Problemas jurídicos del urbanismo*, en "Revista de Administración Pública", número 43, pág. 48, y *Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística*, en "Revista de Derecho Urbanístico", núm. 23, págs. 13 y sigs. MARTÍN BLANCO: *Legislación urbanística y Derecho Privado*, en "Revista de Derecho Privado", enero 1962, págs. 23 y sigs., y *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1964. DE LOS MOZOS: *El urbanismo desde la perspectiva*

innovadoras fluyen, desde luego, desde el terreno público, produciendo lo que en otro lugar he denominado un estatuto público de la propiedad inmobiliaria (22). Sin duda, como ha hecho notar Díez Pícazo (23), no será pertinente abandonar una comprensión abstracta de la temática del dominio diluyéndola en sus manifestaciones singulares; pero lo que es evidente es que aun admitiendo tal tratamiento unificador y la pervivencia de un núcleo común, el ordenamiento urbanístico ha creado en el dominio urbano una figura singular sólo abordable desde sus concretas manifestaciones.

Prescindiremos aquí del intento encuadratorio de estas manifestaciones en las categorías tradicionales de los derechos y deberes de obligaciones y cargas (24). Con un cierto simplismo, sin duda objetable, pero que intenta soslayar pragmáticamente posiciones polémicas, me referiré, como he hecho en otro trabajo (25), a las determinaciones positivas y negativas que configuran exógenamente la posición jurídica dominical. Entre las primeras podemos incluir aquellas que imponen al propietario la urbanización directa o el costeamiento de los gastos inherentes a la transformación en solares de sus terrenos, la cesión de terrenos libres, el costeamiento de las instalaciones complementarias, la participación coactiva en asociaciones de propietarios, la edificación del suelo urbanizado y la conservación de los edificios y solares.

Determinaciones negativas son las que prohíben urbanizar al margen de un plan, dar al solar un destino distinto al fijado en el mismo, edificar en terrenos no urbanizados, rebasar los volúmenes de altura autorizados, atentar contra el paisaje y la propiedad monumental, parcelar por debajo de las unidades mínimas, realizar actuaciones urbanísticas sin previa licencia, etc.

Al margen de estas determinaciones del contenido de la propiedad urbana derivadas del plan, inciden en este ámbito una serie amplísima de regulaciones también reconducibles a menudo al plan, pero que, en todo caso, indudablemente contribuyen a modular por iniciativa pública la posición jurídica del propietario. Así podemos aludir a las normas

del Derecho Privado, en "Revista de Derecho Privado", abril 1961, pág. 297. SOTO NIETO: *Derecho vivo*, pág. 335. GITRAMA: *Nuevo sentido de la propiedad*, Valencia, 1960, pág. 20.

(22) *El Estatuto de la Propiedad Inmobiliaria*, en "Revista de Administración Pública", núm. 53. Vid. también en este sentido GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, pág. 423.

(23) *Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística*, loc. citada, pág. 32.

(24) Me remito en este punto a Díez-Pícazo: *Los límites del derecho de propiedad*, cit., págs. 17 y sigs.

(25) Vid. *Propiedad urbana y planificación*, en "Revista de Derecho Urbanístico", núm. 15, pág. 23.

que, con causa distinta, rigen los arrendamientos, las modalidades de construcción cooperativa, el régimen de las edificaciones protegidas por el Estado, las ventas a plazos, los créditos preferentes o privilegiados para la construcción, la seguridad de las edificaciones, el régimen de la propiedad horizontal y vertical, los complementos imperativos de la edificación: antenas colectivas, quemadores, trituradores, ascensores, aparcamientos, etc.

De todo ello podemos inferir sin gran esfuerzo que «para el jurista sería vano disimular la transformación fundamental del derecho de propiedad inmobiliaria» (26). Se trata, pues, de modificaciones sustancialmente cualitativas y no meramente cuantitativas, que han llevado a MARTY (27) a observar «hasta qué punto la propiedad del inmueble y del suelo han evolucionado bajo el imperio de las preocupaciones de la vida pública y colectiva, y en qué medida ya el derecho existente justifica la observación de los grupos de estudios prospectivos del grupo Gaston Berbber, cuando escribía: todos los países reconocen que ha llegado a ser cada vez más inexacto asimilar la propiedad de un terreno a la de un campo. Un Derecho nuevo es, ciertamente, necesario».

Estas modificaciones no parecen reconducibles a las categorías tradicionales, que regulaban las relaciones de vecindad, protegían las obras públicas o impedían el abuso del Derecho (28). Tampoco son suficientes las formulaciones procedentes del campo de Derecho público, que buscaban su causa en el Derecho de policía o en la potestad reglamentaria de la Administración, como ha puesto de relieve la doctrina francesa (29).

Incluso debemos convenir con DÍEZ PICAZO que el recurso a la idea de límites y limitaciones tiene que desaparecer, como vestigio anacrónico, residuo de arcaicas concepciones, si es efectivamente el plan el que origina los derechos y obligaciones de los propietarios (30).

Lo que está verdaderamente en el fondo del asunto, y en ello seguimos también a este autor, en una nueva óptica del Derecho de la propiedad derivada de la auténtica naturaleza de este instituto, en cuanto que no es otra cosa que una determinada manera de organizar la gestión

(26) BOSQUET: *Planification urbaine et propriété privée*, pág. 158

(27) *Propriété et Urbanisme*, en la obra colectiva que recoge los trabajos del II Coloquio Internacional de Urbanismo de Toulouse, París, 1968, pág. 43.

(28) Como parece pensar FUENTES, para quien el artículo 61 de la Ley del Suelo cabría perfectamente como adición del artículo 348 del Código Civil, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1961, pág. 14.

(29) BOSQUET: *Planification urbaine et propriété privée*, pág. 9. Vid. también LAUBADERE: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 1968, vol. II, página 347. RIVERO: *Droit Administratif*, París, 1964, pág. 368.

(30) DÍEZ-PICAZO: *Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística*, loc. cit., pág. 33.

y explotación de los bienes económicos con el fin de obtener de ellos su rentabilidad óptima y su mayor posible beneficio social (31). Este fue el sentido originario de la propiedad romana, que han heredado nuestros Códigos y que quizá debió, en buena medida, su razón de ser, en sus prístinas formulaciones, al propósito de estimular al máximo el interés de los colonos y de los soldados licenciados, potenciando la explotación de los recursos agrícolas del Imperio. Este fue también, muy posiblemente, el sentido de la propiedad industrial del Estado liberal, hoy en crisis. Pero es indudable que no estamos ante una categoría inmutable e imperecedera y que el cambio de circunstancias económicas llevará aparejado el cambio en la formulación del Derecho que las sirve.

Es escasamente insostenible el montar el sistema de la propiedad urbana sobre los moldes clásicos de la propiedad rural, moldes que, por lo demás, se han desarrollado también. El hecho de que la superficie urbana esté adscrita a un determinado sujeto tiene hoy más bien un carácter episódico y es relativamente insignificante a la hora de legitimar los aprovechamientos. Lo que está detrás, la maquinaria urbana, las decisiones colectivas implicadas en el plan, pesa definitivamente más que el mero dato de apropiación física.

C) *El contenido tridimensional de la propiedad urbana*

La doctrina civilista francesa ha puesto de relieve también cómo el contenido de la propiedad urbana ha venido evolucionando desde la comprensión plana y bidimensional hasta su actual sentido, fundamentalmente aéreo y tridimensional; así, SABATIER (32) nos habla de la propiedad del espacio, que es hoy una auténtica realidad en el mundo de los planificadores y de las relaciones económicas, pero que todavía no ha sido plenamente asimilado ni por los juristas ni por los instrumentos registrales y catastrales, que aseguran el tráfico. Ello no es de extrañar si, ciertamente, como señala este autor, los juristas tardaron

(31) DÍEZ-PICAZO: *Los límites del derecho de propiedad*..., pág. 31. En el mismo sentido, en el documento presentado por DARLÉN-IBRAKIN al Seminario Internacional sobre Políticas de Suelo Urbano y Medidas de Control del Uso del Suelo celebrado por las Naciones Unidas en Madrid, en noviembre de 1971, se hacía observar cómo el concepto de propiedad del suelo varía al cambiar la función del terreno en la economía y la sociedad, *Control y ordenación del suelo urbano, Hacia el desarrollo de políticas del suelo urbano*, pág. 1. Estos criterios fueron recogidos en el *Report of the Interregional Seminar on Urban Land Policies and Land Use Control Measures*, 25.

(32) *La propiedad del espacio*, en "Revista de Derecho Urbanístico", núm. 1, páginas 17 y sigs.

ciento cincuenta años en asimilar la expresión superficial de la propiedad fundiaria (33).

Efectivamente, la vieja formulación romana, que prolongaba el imperio del propietario indefinidamente hacia arriba y abajo, había venido siendo erosionada por la legislación administrativa en materia de minas, aguas, transporte de energía, navegación aérea, etc. Y aunque todavía colean algunos vestigios de estas aspiraciones dominicales, como sucedió en el caso del transbordador aéreo del Parque de Atracciones de Madrid, la jurisprudencia ha venido cercenando estas posibles prolongaciones dominicales (34).

Ahora bien, el impacto del urbanismo y de los planes se sitúa en un plano distinto que el de las meras limitaciones de servidumbres. A la sensibilidad de SABATIER no se le ocultó que es efectivamente en las posibilidades de utilización del espacio, no en la mera propiedad del suelo, donde radican las auténticas expectativas del propietario. Hoy, el tráfico inmobiliario prescinde casi en absoluto del hecho superficial. Lo que importa es el volumen que los planos autorizan como edificable. Los pactos privados se subordinan insistentemente en este factor y hacen pender condicionalmente sus efectos del otorgamiento de las licencias. Una amplia superficie en poder de un propietario puede suponer para él más una carga que un beneficio si la edificación está allí prohibida o suspendida indefinidamente, teniendo que pechar, no obstante, con tributos y desprecios infraccionistas. Por el contrario, un reducido solar puede tener un valor considerable si está ubicado en un lugar privilegiado y se permite construir sobre un buen número de alturas.

Y es que ni la superficie y ni siquiera el espacio en sí suponen elementos significativos. Lo realmente trascendente es la posibilidad de aprovechar el espacio en función de las exigencias de la ciudad y del aparato de servicio y equipos que han de soportar el funcionamiento de los hogares o instalaciones que en ellos se monten. Las leyes prohíben, por lo general, edificar en altura en el terreno rústico, pero ello se hace más bien para evitar la ocupación no deseable de terrenos de previsible

(33) SABATIER: *La propiedad del espacio*, loc. cit., pág. 19. Las cédulas urbanísticas que prevé la Ley del Suelo, artículo 51, ni son la respuesta adecuada ni siquiera parecen haberse logrado implantar. Vid. para el Derecho francés las soluciones, también insatisfactorias, que señala NICOLÁS: *De la nota de résignement au certificat d'urbanisme*, en "Urbanisme", núm. 126, 1971, págs. 61 y sigs.

(34) Ya a principios de siglo una sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1909 estimó que el propietario de un inmueble no puede impedir el tendido de cables, que pasaban a considerable altura por encima del mismo. Vid. Díez-PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Madrid, 1969, pág. 17.

y rápida incorporación a un espacio urbano. En el campo, propiamente dicho, nadie edificará un rascacielos.

El énfasis está, pues, no en el espacio propiamente dicho, sino en el equipamiento potencial de ese espacio. Piénsese en las anticipaciones, en algunos casos ya realizaciones, de aquellos urbanistas que nos proponen como ciudades futuras las villas radiantes, las villas suspendidas, las ciudades subterráneas o sumergidas (35). Aquí, por supuesto, la superficie bidimensional es una pura obra humana de ingeniería. Lo mismo sucede, aunque lógicamente a escala menor, en las ciudades convencionales.

E) *La corrección del espontaneísmo del mercado*

No faltan todavía posiciones favorables al mantenimiento de un grado importante de autonomía en el sistema de fijación de los precios del suelo urbano. En este sentido recientemente, y desde el ángulo económico, SANTILLANA (36) afirma que para evitar la irracionalidad originada por las intervenciones administrativas y conseguir la máxima eficiencia económica habrá de facilitarse el juego del mecanismo de precios bajo los límites tolerados por una perspectiva urbanista completa. Estima que con ello el mejor uso del suelo sería automáticamente realizado por quien pague más por el mismo y que, a la par, se conseguiría con el buen funcionamiento del mercado evitar todo tipo de especulación a través del manejo de la oferta, manejo que suele estar ligado a la propiedad privada del suelo y las prácticas que de tal propiedad se derivan (37).

Ciertamente que la solución de los problemas derivados de la escasez de suelo urbano, con la consiguiente alza de precios y la restricción de la disponibilidad de superficies para usos colectivos, vendrá dada fundamentalmente por un aumento de la oferta, pero lo más dudoso es que tal incremento se produzca por las simples vías de espontaneísmo del mercado y al margen de cualquier intervención administrativa. La expe-

(35) Vid. RAGON: *La cité de l'an 2000*, París, s/f.

(36) Vid. la comunicación de este autor, *Política y precio del suelo*, al Seminario Internacional de la ONU. Esta toma de posición, por lo demás coherente con las teorías tradicionales, especialmente anglosajonas, de la localización, vid., por ejemplo, LAMPARD: *The History of Cities in the Economically Advanced Areas*, en FRIEDMANN y ALONSO: *Regional Development and Planning*, Massachusetts, 1969, 4.ª edic., pág. 332, y, en general, la bibliografía reseñada en las págs. 704 y sigs. de esta obra. También, desde el plano jurídico, se ha afirmado que el mecanismo de los precios es más adaptable y flexible al uso del suelo, vid. DUNHAM: *Property, City Planning and Liberty*, en HAAR: *Land and Land*, Cambridge, 1964, pág. 43.

(37) SANTILLANA: *Política y precio del suelo*, cit., pág. 5.

riencia universalmente avalada no abona tan optimistas proposiciones. Por el contrario, se observa por doquier cómo las fuerzas del mercado son insuficientes por sí solas para producir resultados aceptables, determinando en su libre juego la elevación desorbitada de los precios y la extrema penuria del equipo colectivo.

Por ello, en el Seminario Internacional sobre Políticas del Suelo Urbano y Medidas de Control y Uso del Suelo, que tuvo lugar en Madrid, en noviembre del pasado año, y al que precisamente SANTILLANA presentó la comunicación antes aludida por parte de propietarios individuales y empresas, es uno de los más serios problemas que se oponen al óptimo desarrollo de áreas urbanas, especulación producida por las modalidades de propiedad existentes en los países en que se producen estos fenómenos (38). Por ello se sugería, como eficiente remedio de la especulación, la congelación de los precios tomando como base los operantes en una fecha determinada (39).

Como el propio SANTILLANA reconocía en su trabajo (40), lo que, por lo demás, es pacíficamente admitido por los que han tratado este tema, en el mercado del suelo existen factores significativos, que obstaculizan el libre juego de la oferta y la demanda. La posición monopolista de los propietarios, la delimitación de la oferta y el hecho de que el suelo no sea un bien equiparable a los que habitualmente se contratan en el mercado son, entre otras, circunstancias que hacen aparecer efectos patológicos en las transacciones de terrenos urbanos (41).

Sólo aquellas naciones, tanto de la órbita occidental (42) como socialista (43), que han abordado decididamente el control de los precios

(38) *Report of the interregional Seminar on Urban Land Policies and Land Use Control Measure*, punto 30.

(39) *Report of the interregional...*, cit., punto 33.

(40) *Política y precio del suelo*, pág. 4.

(41) Por lo demás, parece universalmente admitido, con las excepciones apuntadas, los nocivos efectos de la especulación del suelo para un urbanismo racional. así, por ejemplo, COMMISSARIAT GENERAL DE PLAN: *Plan et Prospectives. Les villes l'urbanisation*, París, 1970; vid. también para España, *III Plan de Desarrollo Económico y Social*, Madrid, 1971, pág. 68.

(42) Vid. Department of Housing and Urban Development, *Urban Land Policy. Selected Aspects of European Experience*, Washington, 1970, págs. 30 y sigs., y mi trabajo, *Municipio y vivienda*, en *Crónica del IV Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios*, vol. II, Madrid, 1968, págs. 475 y sigs.

(43) Para la política de localización del mundo socialista, vid. la referencia contenida en CHORLEY-HAGGETT: *La geografía y los modelos socio-económicos*, traducción española, Madrid, 1971, págs. 326 y sigs. Sin embargo, parece que también en el área socialista se precisa de algunas correcciones para, sin caer en los precios de mercado, procurar una explotación racional del suelo; vid. al respecto la noticia que sobre el "Proyecto de bases para una legislación del suelo en la URSS y las Repúblicas de la Unión" se contenía en *ABC* de 24 de octubre de 1968.

o la oferta pública del suelo, han conseguido mantener los precios dentro de límites tolerables, porque, como señala GÓMEZ-MORÁN (44), quizá quien con más rigor ha abordado entre nosotros este tema, en un sistema de libertad de precios, el urbanismo operativo produce un caos económico, y el indicativo, un caos urbanístico.

Por ello se explica que en la mayoría de los ordenamientos, con mayor o menor intensidad, se proceda desde el sector público a mediatizar el mercado de solares, bien para estimular la oferta, bien para limitar los precios. Otras veces se trata de paralizar las transacciones sobre determinados terrenos dando derechos preferentes de adquisición a la Administración, como sucede con las ZAD francesas, en las que se difiere la urbanización obligándose a ofrecer preferentemente a las autoridades urbanísticas los terrenos que se deseen enajenar y a un precio previamente fijado (45).

También en España, aunque quizá sin mayor éxito, por el escaso volumen de las operaciones emprendidas y los considerables obstáculos administrativos que encuentran, se ha pretendido actuar por esta vía a través del sistema de valores urbanísticos, tasaciones conjuntas, precios máximos y mínimos e índices municipales del suelo, medios éstos al servicio de la Gerencia de Urbanización del Ministerio de la Vivienda y de las Corporaciones Locales, que pueden así adquirir, a través de cauces expropiatorios, terrenos urbanos o urbanizables a precios inferiores a los del mercado. Estas posibilidades han sido temporalmente reforzadas, al amparo del Decreto-Ley sobre actuaciones urbanísticas urgentes (46).

Con mayor o menor intensidad, pues, la propiedad privada del suelo urbano se ve afectada, potencialmente, al menos, en su manifestación más sensible. El centro neurálgico del dominio, la posibilidad de negociar libremente su contenido económico, queda así alcanzado de lleno, siendo, además, previsible el futuro aporte de restricciones aún más severas.

(44) En sus obras *El suelo y su problema*, Madrid, 1969, y *Un análisis de la problemática del suelo urbano*, en "Ciudad y Territorio", núm. 3, 1970, págs. 7 y sigs. Vid. también sobre este tema el vol. 13-14 de la "Revista Economía Financiera Española", donde publican trabajos MARTÍN BLANCO, FISAC, RODRÍGUEZ MORO, ARESPOCOHEAGA y ENRIQUE RUBENS. Igualmente, ROMERO HERNÁNDEZ: *La edificación forzosa y la especulación del suelo*, Madrid, 1971. Por mi parte, he dedicado a esta materia un artículo sobre *El encarecimiento artificial del suelo urbano*, en "Revista de Derecho Administrativo y Fiscal", núm. 22, págs. 55 y sigs.

(45) Vid. algunos aspectos no positivos de esta legislación en cuanto que puede afectar a las condiciones ecológicas del medio, en SAINT MARC: *Socialisation de la nature*, París, 1971, págs. 306 y sigs.

(46) Vid. GONZÁLEZ BERENGUER: *Actuaciones urbanísticas urgentes en Madrid y Barcelona*, en "Ciudad y Territorio, Revista de Ciencia Urbana", núm. 3, 1970, págs. 31 y sigs.

III. DERECHO Y PROSPECTIVA

Hemos visto, en una rápida panorámica, cuál ha sido la trayectoria histórica de la intervención y regulación de la propiedad urbana y cuáles las características y presentes modalidades de su configuración estatutaria. Creo que el estudio no quedaría completo sin tratar de anticipar cuáles podrán ser las líneas evolutivas futuras de la función dominical y las respuestas que deberá de preparar el ordenamiento para hacer frente a las nuevas necesidades socioeconómicas. Conscientes de los riesgos de tal tipo de exploración vamos a intentar, pues, realizar a continuación un ensayo en buena medida de futurología jurídica, pero que tiene ya algunos sólidos ingredientes de previsible realidad.

1. EL IMPACTO DE LA CUARTA DIMENSIÓN

Vimos cómo la aguda sensibilidad de SABATIER le había puesto sobre la pista del decisivo cambio introducido en la comprensión del contenido económico de la propiedad urbana dando entrada de lleno a su tercera dimensión. Pero creemos que en adelante, si no ya en estos momentos, la propiedad debe ser comprendida desde la óptica de otra dimensión adicional: el tiempo. Efectivamente, la estabilidad de los derechos dominicales está siendo profundamente afectada por los vertiginosos cambios que se producen en la vida urbana (47). No es fácil predecir cuál va a ser la trascendencia económica que determine para la propiedad las sucesivas mutaciones en la utilización del espacio. La dinámica económica y social, cada vez más disparada, trasciende día a día a los derechos dominicales, el crecimiento de las ciudades y la asimilación de nuevas tecnologías hacen de la propiedad un instituto extremadamente lábil sensibilizado a la coyuntura de cada momento. El tiempo, pues, penetrará decisivamente el haz de derechos dominicales transformándoles en algo extremadamente contingente.

Estas observaciones concuerdan también con el nuevo sentido que trata de asignarse a la función de los planes, como vimos instrumentos definitorios básicos del contenido de la propiedad. Las tendencias científicas y las corrientes planificadoras apuntan decididamente a la supe-

(47) Ello incluso puede ser una constante en la vida de la ciudad, ya que, como señala LEFEVRE: "Un espacio es la inscripción en el mundo de un tiempo. Los espacios son realizaciones, inclusiones en la simultaneidad del mundo externo de una serie de tiempos, de ritmos de la ciudad, de ritmos de la población urbana. .". *(De lo rural a lo urbano)*, Barcelona, 1971, pág. 211.

ración de los planes rígidos y estáticos y a su sustitución por planes dinámicos y flexibles (48). La expansión urbana no tolera rígidos corsés ni andaderas definitivas. Los planes deben concebirse sin horizonte temporal para siempre (49), pero también con mecanismos correctores sumamente dúctiles, que permitan el juego de adaptaciones precisas para asimilar las mutaciones producidas y los cambios originados en los factores del planeamiento.

La zonificación, como algo que concedía una cierta seguridad, sólidos derechos a los propietarios de las áreas respectivas, está en trance de sustitución no sólo porque por doquier se han observado sus nocivas consecuencias en orden a la arbitraria privación y concesión de beneficios (50), sino porque no es posible mantener, de cara al futuro, modelos imperecederos de desarrollo. Empiezan a apuntar ya técnicas sustitutorias mediante la fijación de volúmenes en función del nivel de equipamiento (51), la determinación de densidades globales, establecimiento de niveles generales de infraestructura y de equipos con arreglo a fórmulas complejas (52). Por otra parte, las operaciones de renovación urbana habrán de alcanzar un ritmo e intensidad mucho más acentuado, adelantando sensiblemente la obsolescencia de las edificaciones para hacer frente a los requerimientos de una población que desea estar cada vez mejor alojada. El estatuto dominical tendrá forzosamente que reestructurarse para sincronizarle a las fugaces circunstancias de los años venideros.

(48) Sobre este tema se ha producido una amplia bibliografía. Vid. al respecto LEDRUT: *L'espace social de la Ville*, París, 1968. HOLLEB: *Social and economic information for Urban Planning*, 2.^a edic., Chicago, 1970. HARDOY TOBAR: *La urbanización en América Latina*, Buenos Aires, 1969. TERÁN: *Reflexiones sobre la crisis del planeamiento*, en "Ciudad y Territorio", núm. 3, 1970. STELLA: *El poder de planificación en la legislación urbanística italiana*, "Documento Informativo, núm. 835", Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1969.

(49) Vid. McLOUGHLIN: *Planificación urbana y regional*, pág. 87.

(50) Fenómeno éste que se ha observado por doquier. Así, SULLO: *Lo Scandalo Urbanistico*, Florencia, 1964. LARES: *Legislación urbanística comparada*, Caracas, 1971. BABCOCK: *The Zoning Game*, Madison, 1966. SULLIVAN, en HAAR: *Law and Land*, Cambridge, 1964, etc.

(51) Como sucede con la vigente Ley francesa d'Orientation Foncière, art. 13-3.

(52) Vid. Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Urban and Rural America: Policies for Future Growth*, Washington, 1968, págs. 108 y sigs. Incluso más futurísticamente, pero con perfecta congruencia con la tesis sustentada en el texto sobre la comprensión de la decisión de edificar: asignación de espacio equipado, se ha considerado por algún autor que en el futuro las licencias municipales podrían darse simplemente por un ordenador que tuviese todos los datos necesarios incorporados y a través de las técnicas del denominado *Fratwriter*, vid. FRIEDMAN: *Pour l'architecture scientifique*, París, 1971.

2. LA SOCIALIZACIÓN DE «IUS EDIFICANDI»

El Comité de Planificación Regional y Administración Local del Consejo de Europa, en mayo de 1969 (53), recogió las recomendaciones de F. CANAUX y Y. NICOLÁS, en el sentido de que el uso del espacio edificable necesitaba de nuevas normas relativas al Derecho de Propiedad. En la Memoria de Urbanismo se sugería, en efecto, por aquellos expertos, que la propiedad del suelo se limitara a la superficie del terreno, sin derechos sobre los volúmenes situados en el mismo.

También en el Seminario de Madrid, antes aludido, se concluía sobre la necesidad de distinguir entre propiedad de la tierra y de uso del suelo (54), sugiriendo que los últimos fuesen accesibles a todos los ciudadanos (55). Igualmente, se recomendaba que las naciones considerasen el importante papel que la tierra desempeña en el desarrollo, tratándola como un recurso natural utilizable de acuerdo con los valores y prioridades de la sociedad (56). Existe, pues, claramente precisa-ble, una corriente definida y poderosa, que aboga en favor de la segregación de la propiedad de los valores económicos inherentes a su utilización urbana.

Esta tendencia es, a la vez, explicable y justificable si tenemos en cuenta la radical separación entre la función del suelo rústico y del urbano y la inadecuación de la aplicación al segundo de las normas previstas para el primero. Si la propiedad urbana es creada por el plan, si las modalidades de su utilización se derivan del esfuerzo colectivo centrado en torno al equipamiento de la ciudad, si los valores originarios se refuerzan por la dinámica del crecimiento de la urbe y por las economías externas que engendra y si todo ello es perfectamente ajeno al esfuerzo y voluntad del propietario, parece lógico concluir que deben ser puestos al servicio de la sociedad aquellos valores sólo por ella creados.

Esto es perfectamente compatible con la apropiación privada de lo edificado cuando la Administración adjudique los volúmenes necesarios, y tampoco excluye la retribución a los urbanizadores que transforman por encargo o autorización pública los terrenos en solares. Lo que sería altamente improbable en el futuro es el que los propietarios del

(53) Vid. DARLÉN-IBRAHIM: *Control y ordenación del suelo urbano*, cit., página 7.

(54) *Report of the Interregional Seminar on Urban Land Policies*., punto 39.

(55) *Report of the Interregional Seminar*., cit., punto 40.

(56) *Report of the Interregional Seminar...*, cit., punto 35.

suelo urbano sigan percibiendo plusvalías no ganadas y prolonguen por adhesión la edificación al dominio de la superficie.

En algunas legislaciones se apuntan ya indicios claros de estas tendencias en cuanto que se prevén compensaciones por los mayores volúmenes adjudicados o el establecimiento de una tasa de urbanización, como sucede en Francia, que retribuirá parte de los costos colectivos que la edificación comporta. En el momento en que se incluyan dentro de estos costos todas las aportaciones debidas a la colectividad, prácticamente se habrá llegado a una expropiación de los beneficios inherentes al *ius edificandi*. El paso siguiente consistiría pura y simplemente en desvincular la iniciativa edificadora de la voluntad de propietario.

La socialización del *ius edificandi* (57) es un acontecimiento que se perfila con mayor claridad en el futuro del urbanismo, bien venga de la mano de expropiaciones masivas de terrenos urbanizables a precios convencionales, bien se haga objeto pura y simplemente de concesión administrativa la edificación de los solares, abonando al propietario el precio del suelo con independencia de los valores añadidos por las perspectivas de construcción (58).

Con ello se evitarían las grandes injusticias comparativas que hoy se producen por el juego de los planes, al asignar grandes volúmenes a unos propietarios y vedar a otros de toda posibilidad edificadora. Es cierto que la nivelación arrastraría por abajo a todos los propietarios a la posición de los menos favorecidos, pero no lo es menos que ello responderá a la lógica intrínseca del sistema.

3. LA COMPOSICIÓN DE INTERESES

.. ..

En torno a la urbanización y a la ulterior utilización de los solares se ha venido produciendo un intenso fenómeno asociativo, que el ordenamiento no podrá por menos de reflejar con mayor perfeccionamiento técnico. El Estado, dispensador de los grandes servicios; los municipios; los propietarios iniciales del suelo; los urbanizadores; los propietarios y copropietarios de las viviendas; los arrendatarios e inquilinos, todos

(57) Porque, como señala SABATIER: *La propiedad del espacio*, pág. 25, el derecho al espacio en el perímetro de una ciudad no puede permanecer individual en el sentido del Código Civil y viene a ser colectivo.

(58) Como parece proponer ROMAY: *Goals, Objectives and Guidelines of the Spanish Town-Planning Policy*, documento presentado al Seminario de la ONU de Madrid. Desgraciadamente, la versión inglesa de este trabajo no permite comprender claramente cuál es la posición del autor. Sobre este Seminario manejo, como habrá podido verse, una documentación heterogénea que me ha sido facilitada por algunos de los asistentes, ya que no he podido tener acceso directo, a pesar de haberlo intentado reiteradamente.

ellos aparecen relacionados de una forma a veces fluida, a menudo compleja, en ocasiones poco evidente para el Derecho. Este habrá de ofrecer fórmulas más sensibilizadas a las reales aspiraciones sociales, que permitan la composición de intereses que de manera espontánea realiza insistente y reiteradamente la moderna convivencia urbana.

Nuestro ordenamiento ya prevé algunos tipos de asociaciones y juntas de propietarios, ha regulado la copropiedad horizontal de viviendas y ha apuntado algún otro tipo de concurso de las iniciativas privadas para la urbanización, tanto en la propia Ley del Suelo como en el Derecho de Medidas Urgentes ya aludido. Pero ello no parece todavía una base sólida para movilizar en términos socialmente razonables los apoyos e iniciativas particulares necesarias. Ni siquiera se ha regulado adecuadamente la cada vez más difundida propiedad horizontal, tumbada en la gráfica expresión de algún autor (59).

También en otros países podemos ver orientaciones en este sentido no sólo con una regulación más precisa de las distintas modalidades de propiedad de viviendas compartidas (60), sino mediante el ofrecimiento de fórmulas que asocien a propietarios e inquilinos a la hora de reedificar, y al Estado y los particulares, en el trance de urbanizar (61).

Pero, sobre todo, y de producirse, como sospechamos, la socialización de las virtualidades edificadoras, será necesario arbitrar soluciones imaginativas para articular las decisiones públicas sobre la oportunidad de la construcción y los intereses de los particulares en la construcción de sus propias viviendas o de aquellas destinadas a enajenación o alquiler. Nuestra Ley del Suelo ofrece los cauces de la cesión del derecho superficiario, pero ello no puede bastar por sí solo si no va acompañado de otras medidas y perfeccionismos jurídicos, como demuestra la prácticamente nula utilización de tales posibilidades.

Pensemos, en efecto, que la socialización del *ius edificandi* no es en sí contraria a la apropiación individual de las viviendas mediante la concesión de los derechos oportunos, reteniéndose por el Estado, o mejor

(59) SAPENA: *Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas*, en "Revista de Derecho Notarial", núm. 3, 1967. A este tema he dedicado mi trabajo, *La eclosión de nuevas comunidades. Régimen administrativo de las urbanizaciones particulares*, en "Revista de Administración Pública", núm. 45.

(60) Como ha sucedido en Francia con la Ley de 10 de julio de 1965, que aplica también a grupos de inmuebles y conjuntos inmobiliarios.

(61) En Francia, el Decreto de 19 de mayo de 1959, en aplicación del artículo 78-1 del Código de Urbanismo, regula las modalidades de constitución y de funcionamiento de las sociedades de economía mixta encargadas de realizar operaciones de urbanización. Vid. sobre estas modalidades organizativas, D'ARCY: *Structures Administratives et Urbanisation*, París, 1968. Este tipo de soluciones es propuesto también por LAMOUR: *Legal and Administrative Problems in Regional Economic Development*, en ISARD-CUMBERLAND: *Regional Economic Planning*, París, 1961.

quizá, por los municipios, la propiedad del suelo. En este sentido también se ha pronunciado el Seminario madrileño de las Naciones Unidas (62) y se cuenta con valiosas y aprovechables experiencias, tanto en el caso de las naciones nórdicas como en el de las Newtowns inglesas.

IV. LA MISION DEL JURISTA

El jurista ha de estar preparado para facilitar la asimilación de los acontecimientos que se avecinan, ofreciendo al legislador soluciones técnicamente concordantes con las necesidades sociales. Habrá de tener presente, sin embargo, determinados condicionantes.

1. LA FLUIDEZ DE LOS LÍMITES ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

Pienso que la bicomotía actual, que rígidamente separa estos dos campos del Derecho, puede ser en muchos casos tan insostenible como perjudicial. Los juristas privados y los públicos, como observa MARTY (63), se encuentran reunidos en las Facultades de Derecho y también en la común praxis, como si representaran mundos diferentes. Parece como si los primeros sólo tuviesen presentes los viejos y sólidos códigos y propendiesen a desconocer, como derecho advenedizo e inmaduro, la normativa que proviene de la Administración. Los juristas públicos, por su parte, olvidan a menudo que buena parte de sus instituciones y la lógica que utilizan ha sido engendrada en el campo del Derecho Privado o que, al menos, pertenecen a un acervo común, que se resiente de estos partidismos. La separación tiene incluso explicaciones sociológicas vinculando a los privatistas con las normas que animan los Ministerios de Justicia, y a los administrativistas, con la producción normativa promocionada por los restantes departamentos. Unos y otros tienen también propios Tribunales y peculiares cauces procesales.

La separación rigurosa no es buena para ninguno, sin que ello vaya en merma de la especialización respectiva. El Derecho parece que

(62) *Report. ., cit.*, punto 43, donde se sugiere el sistema de arrendamiento *leasing* o cesión de derechos de superficie.

(63) *Propriété et Urbanisme*, pág. 33. Sobre el tema de la aproximación del Derecho Público y el Privado me remito a las clásicas obras de SABATIER: *Du Droit Civil au Droit Public*, 2.^a edic., París, 1950; *Yes Metamorphosses économiques et sociales du Droit Civil D'aujourd'hui*, 1.^a série, 3.^a edic., París, 1964. Especialmente en el capítulo IV, en que trata del desmoronamiento del contrato en el espacio y en el tiempo.

va fluyendo por cauces cada vez más difíciles de compartimentar. Los civilistas, y ello es válido también para los penalistas, olvidan a menudo que sus Códigos entrañables no bastan y que la disciplina de las relaciones sociales es cada vez más afectada por la Administración.

El marco de las relaciones *inter privatos* no se agota hoy en el Código Civil. En otras épocas fue ciertamente así cuando sólo mediante la Ley, con mayúscula, podrían coartarse las esferas individuales de la libertad y la propiedad. Pero hoy debemos contar con el hecho de que también por vía reglamentaria (64) se mediatizan las conductas interparticulares. Esto es así en amplios mundos de la economía, como, por ejemplo, el Derecho de los Seguros o la Banca, pero sucede, sobre todo, en el terreno del urbanismo, que venimos utilizando.

Cuando los Códigos determinaban tan sólo las grandes líneas de causalidad legítima (65), cuyo respeto es imprescindible para el reconocimiento de efectos jurídicos, era explicable que la sanción de nulidad se pronunciase contra las desviaciones. Pero si se regula ahora minuciosamente el sentido y contenido de las relaciones, es lógico proponer unas consecuencias menos graves para las eventuales desobediencias (66).

En cuanto a los especialistas del Derecho Público, precisan tomar conciencia de que las técnicas que manejan no pueden ser utilizadas tan sólo desde la perspectiva de una Administración que se enfrenta rodeada de su aparato de ayestas ante aquellos particulares que osan desconocer el interés común. La proliferación de las intervenciones administrativas ha producido paradójicamente una cierta disolución de su olímpico *imperium*. El jurista público ha de abordar una serie de relaciones privadas en las que la Administración es sólo un árbitro o un moderador cualificado, y ha de ser consciente de que las modalidades de actuación administrativa implican cada vez más del concierto, la persuasión y la asociación si se quiere interesar al máximo de ciudadanos en las empresas colectivas. Para ello, las clásicas técnicas del Derecho Privado pueden todavía ofrecerle una apoyatura sustancial.

(64) Como sucedió, sin ir más lejos, con el Reglamento de la Ley Hipotecaria, cuya procedencia administrativa es indudable, pese a que aquí, quizá por su procedencia, los civilistas lo consideren de otra forma.

(65) Vid. sobre este tema, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, páginas 187 y sigs.

(66) No obstante, debe reconocerse que a la vista de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil, la sanción de nulidad de los actos realizados contra la Ley sería pertinente. Vid. Díez-PICAZO: *Los límites del derecho de propiedad*, loc. cit., pág. 16, y en el sentido propugnado en el texto, GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, pág. 418.

2. NUEVO PUNTO DE EQUILIBRIO DE LA JUSTICIA

Los especialistas en Derecho tienen ante sí, por tanto, una formidable tarea si pretenden ayudar a aclimatar en sus terrenos tradicionales las previsibles reformas institucionales que demandará la sincronización del ordenamiento de las cambiantes circunstancias. Es misión suya buscar un nuevo centro de armonía entre los imperativos de la justicia distributiva y retributiva, de la seguridad jurídica y la mutabilidad de los inte-

propiedad compartida ha sido el punto de partida de la propiedad horizontal y puede valer, adecuadamente remodelada, para la propiedad vertical y la de los grandes conjuntos urbanos que hoy se van asentando en la periferia de las villas.

La distinción del dominio útil y el dominio eminente, las antiguas técnicas regalianas que sirvieron de antecedente a la propiedad minera, son también de aplicación en la conjugación de la disponibilidad del suelo y de la utilización del espacio.

Algunos aspectos de las relaciones vecinales son hoy aún una sólida apoyatura para la resolución de los graves conflictos de la proximidad industrial, como ha demostrado la jurisprudencia civil, más progresiva quizá en este aspecto que la administrativa.

No se trata, pues, de partir *ex novo* a nuevas aventuras jurídicas, sino de acomodar un derecho, como tal, imperecedero, aunque cambiante en sus manifestaciones concretas, a los requerimientos de la humanidad en su nueva singladura civilizatoria.

RAMÓN MARTÍN MATEO
Catedrático

El Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y las donaciones, especialmente la de bienes del matrimonio

SUMARIO: I. *Antecedentes*.—II. *Fundamento*.—III. *El hecho imponible*: A) La donación simple. B) Donaciones especiales. C) Supuestos en que se presume la existencia de donación. D) Presunciones donatorias. E) Actos onerosos a los que se aplica la Tarifa de Sucesiones.—IV. *Elementos personales*.—V. *Base liquidable*.—VI. *Tipo*.—VII. *Plazo de presentación y oficina competente*.—VIII. *Exenciones*.—IX. *Donaciones a favor de los cónyuges*.—X. *Donación de bienes del matrimonio*: A) Donación de gananciales. B) Donación de privativos.—XI. *Renuncia a los gananciales*.

ANTECEDENTES (1)

Suelen los autores citar como antecedente más remoto de este impuesto a la *vigesima hereditatum* creada por el Emperador Augusto, y a la *insinuatio* en las donaciones, para las que excedan de 200 *solidorum*.

Desde el siglo v (invasión de los bárbaros) hasta el final del siglo xii (fin del feudalismo) no puede hablarse de la existencia de un verdadero régimen fiscal, percibiéndose los tributos de una manera tiránica y arbitraria.

(1) Véase el trabajo publicado en la "Revista de Hacienda Pública Española", núm. 2, por FÉLIX BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, titulado *Evolución histórica sobre las sucesiones y sobre las transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*.

En el año 1491, los Reyes Católicos publican el *Cuaderno de Alcabalas*, que sujetaba las compraventas al 10 por 100, con algunas excepciones, subsistiendo hasta el año 1795, en que se reduce el tipo al 7 por 100.

En 1768 se regulan los *Oficios de Hipoteca*, que tanta importancia adquirirían después en la evolución del impuesto.

En 1798 (19-set) se sujetaron por vez primera las herencias en línea no directa.

Por Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 se dispuso que con el título de *Derecho de Hipotecas* se sujetasen, entre otros conceptos, las donaciones al 0,50 por 100.

En la Ley de Presupuestos de 23 de mayo de 1845, debida a don Alejandro Mon, se sujetan las traslaciones de dominio, sin distinguir las onerosas de las gratuitas.

Por Real Orden de 17 de mayo de 1846 se declaran exentas las dotes de padres a hijos, considerándolas anticipo de legítimas (en esta época las herencias en la línea recta estaban exentas).

En 1867 el impuesto cambia de nombre, denominándose *Impuesto sobre las traslaciones de dominio*, entre cuyas características destaca el que los tipos, tanto en las transmisiones onerosas como gratuitas, eran proporcionales.

En la Ley de Presupuesto de 29 de mayo de 1868 se atribuye la liquidación a los Partidos, a los Registradores de la Propiedad.

En la Ley de Presupuestos de 26 de diciembre de 1872, debida a ECHEGARAY, se le da la denominación de *Impuesto sobre derechos reales y transmisiones de bienes*, en el que se sujetaban las traslaciones de dominio de inmuebles al 3 por 100 (tanto onerosas como gratuitas), mientras que a las transmisiones gratuitas de bienes muebles se les aplicarían las escalas de las herencias.

En el Reglamento de 1881 se asimilan, por vez primera, las donaciones a las herencias y legados.

La reforma de 2 de abril de 1900, debida a VILLAVERDE, sujeta «las transmisiones de bienes, acciones y derechos de todas clases, a título de donación, herencia o legado, cualquiera que sea la nacionalidad o vecindad del causante, aun cuando no se hayan formalizado los inventarios y particiones, siempre que resulte probado el acto en virtud del cual se verifican».

En la Tarifa se dispone que «las donaciones *inter vivos* de bienes inmuebles contribuirán según el grado de parentesco entre donante y donatario, y por los tipos señalados para las herencias.

Las de bienes muebles pagarán por el concepto general señalado a la

transmisión de esta clase de bienes, excepto las que se efectúen entre ascendientes y descendientes, que se reputarán como anticipo de legítima, y tributarán como las herencias.

Las donaciones *mortis causa* de cualquier clase de bienes y derechos tributarán con arreglo a la escala establecida para las herencias.

Las dotes, tanto voluntarias como necesarias, pagarán como las donaciones *inter vivos* y según la clase de bienes en que consistan».

Se desgravan las adquisiciones gratuitas de pequeños capitales, en beneficio de las fortunas pequeñas, al mismo tiempo que se establece por vez primera la progresión en los tipos, pero dependiendo esta progresión sólo del grado de parentesco, y no de la cuantía.

En opinión de BENÍTEZ DE LUGO, no fue muy afortunada la explicación dada a la progresividad de los tipos, ya que lejos de ofrecer su verdadero carácter, el de coparticipación del Estado a través del tributo, se habló de «deseo de reducir las sucesiones de escasa importancia que se sustraían al pago del impuesto en razón al considerable gasto que para su formalización exigen el impuesto, el del Timbre y los Aranceles Notariales».

El Reglamento de 10 de abril de 1900 se refiere a las donaciones en los artículos 20 y 21, en los que además de los principios citados se establece la calificación de donación al pacto aleatorio de sobrevivencia (*pacto tontino*), así como la renuncia a la herencia fuera del supuesto del párrafo 3.º del artículo 1.000 C. C.

Por Ley de 3 de agosto de 1907 se elevan nuevamente los tipos, aceptando la progresividad, no sólo por el parentesco, sino también por la cuantía, salvo en la línea recta legítima, legitimada y de adopción y los cónyuges por su porción legítima.

Estas nuevas ideas fueron recogidas en la Ley de Presupuestos de 29 de diciembre de 1910 y en el Reglamento de 20 de abril de 1911, el cual continúa con el mismo criterio de equiparar las donaciones *inter vivos* de bienes inmuebles o derechos reales a los tipos de las herencias, mientras que la de bienes muebles tributa por un tipo fijo. Las *mortis causa*, tanto de muebles como de inmuebles, se equiparan a las herencias.

La Ley de reforma tributaria de 29 de abril de 1920 aceptó el sistema de progresividad de modo total, salvo en las herencias causadas en favor del alma. Se identifican las donaciones, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a efectos fiscales, con las herencias.

Esta idea es recogida por la Ley de 28 de febrero de 1927 y por su Reglamento de igual año, el cual en su artículo 29 establece que «las donaciones, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, y cualquiera que sea la

clase de bienes en que consistan tributarán como las herencias, según su cuantía y el grado de parentesco entre el donante y donatario».

En el artículo 31 ya se habla de que en la renuncia de herencia se atenderá al tipo más oneroso, entre el renunciante o el favorecido, con el causante.

En el artículo 48 se presume la existencia de donación cuando resulte el cambio de titularidad del Registro de la Propiedad, amillaramiento de riqueza, registros fiscales, o trabajos catastrales, o depósitos a nombre de donante, en el caso de mueble.

Durante la Segunda República, la Ley de Reforma Tributaria de 11 de marzo de 1932 volvió a elevar los tipos de las herencias en un 20 por 100. Por Decreto de 5 de mayo de 1932 se aprobó el nuevo texto de la Ley, y el 16 de julio, el del Reglamento.

Al término de nuestra Guerra Civil, la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, debida a LARRAZ, introduce una serie de reformas que en la materia que estudiamos se plasma en la Ley, Reglamento y Tarifa aprobados por Decreto de 22 de marzo de 1941.

En el artículo 1.º, XVIII, de la Ley se sujeta al impuesto «la transmisión de bienes, acciones y derechos de todas clases, a título de donación, herencia o legado..., siempre que resulte probado el acto en virtud del cual se verifican». A continuación, regulaba la renuncia a la herencia en términos similares a los de la legislación actual, salvo la renuncia a la herencia prescrita.

La redacción de la tarifa era idéntica a las leyes de 1927 y 1932, aunque variaba en los tipos.

En el artículo 9, 2.º ya se establece que la transmisión de bienes inmuebles, otorgada por los padres a favor de los hijos, tributará por la escala de herencias, salvo que la de la compra-venta sea mayor.

En los artículos 29 y 30 se sigue el principio de equiparar las donaciones a las herencias; calificándose como donación al pacto tontino, así como a las dotes.

Por Ley de 31 de diciembre de 1946 vuelven a elevarse los tipos. Por Decreto de 7 de noviembre de 1947 se aprobó el nuevo texto de la Ley, Reglamento y Tarifa, que, en general, se limita a reiterar los conceptos y posiciones señalados anteriormente.

Por último, llegamos a la legislación actual contenida en la Ley de 6 de abril de 1967, quedando vigente el Reglamento de 1959, cuya legislación iremos examinando a lo largo de la Ponencia.

FUNDAMENTO

Podemos señalar una doble justificación:

- A) De tipo genérico: como dice CIMBALI, al tratarse de la adquisición de bienes y derechos, fundamentalmente la propiedad, en la formación y conservación de ella, en el respeto y eficacia de esos derechos, tiene participación decisiva el Estado con su función de reconocimiento y tutela, que le da título bastante para que cuando esos derechos o bienes se transmiten, adquiera una parte a través del correspondiente impuesto.
- B) De tipo específico: si el impuesto debe tener como base la capacidad tributaria del sujeto pasivo es indudable que ésta aumenta con la donación, sin que el donatario realice a cambio ninguna contraprestación, por lo que no cabe duda de lo justificado de su sujeción. Este criterio ha llevado al legislador a exigir el impuesto por la tarifa de sucesiones, a una serie de actos que no son donación en el sentido técnico, como renunciaciones, algunas transmisiones onerosas, pactos tontinos, etc.

EL HECHO IMPONIBLE

A) *La donación simple*

Según el artículo 28 de la L. G. T. «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».

En el tema que nos ocupa, el hecho imponible lo constituye la donación, que si bien no es tenido en cuenta de una manera específica por el artículo 54 de la Ley del Impuesto, se integra indudablemente dentro de su párrafo 1.º, cuando declara sujetas «las transmisiones por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas». También puede incluirse en los números 2, 7 y 8 de dicho artículo, si los actos a que se refieren se realizan a título lucrativo.

Ahora bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7, el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le ha-

yan dado, lo cual nos lleva a examinar qué actos son en sentido jurídico donación y cuáles no, para poder sujetar los primeros, mientras que excluirémos a los segundos. La jurisprudencia fiscal ha declarado a estos efectos que la facultad calificadora del liquidador se ejercerá en cada caso con plena libertad y sin limitaciones que puedan entender derivadas de calificaciones anteriores. (R. S. TEAC de 4 oct. 1955 y 23 oct. 1966.)

Nuestro C. C. nos dice en su artículo 618 que «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». De todos son conocidos los defectos que se le atribuyen a esta definición, pero entendiendo que un tema fiscal no es el lugar adecuado para tratar de sentar doctrina civil, nos limitaremos a recoger la tesis más aceptada, según la cual habrá donación si se dan los siguientes requisitos:

- Empobrecimiento del donante.
- Enriquecimiento del donatario.
- Animo de liberalidad.

Por tanto, cuando se den los indicados requisitos el negocio se calificará de donación y, por consiguiente, quedará sujeto al impuesto, cualquiera que sea el procedimiento escogido (constitución, traslación, modificación o extinción de una obligación o derecho real) y cualquiera que sea el tipo de donación.

ENNECERUS nos dice que puede consistir la donación en la transmisión de la propiedad, transmisión o concesión de otros derechos reales, remisión de los mismos, cesión o remisión de créditos, o constitución de un crédito, que puede consistir en una promesa de donación que recoja la intención de donar.

No hay donación, a juicio del mismo autor, en la mera concesión de uso, en las prestaciones personales, en el pago de obligaciones naturales, en la prestación de garantía por razón de una obligación existente, o en la remisión de dicha garantía; sin embargo, puede haber donación cuando se constituye una garantía a favor de deuda ajena incobrable, siempre que haya acuerdo de gratuidad sobre tal constitución.

CASTÁN cita como casos de inexistencia de donación los de dejar transcurrir los términos para la prescripción extintiva de un crédito o para la usucapión de un fundo, y, en general, todos aquellos actos que no entrañen una pérdida patrimonial.

Como supuestos, cuya calificación fiscal ofrece dudas, podemos citar los siguientes:

- 1.º El cumplimiento de las obligaciones naturales. Los anotadores de ENNECERUS estiman que no hay donación cuando la atribu-

ción patrimonial se haga por razón de la justa causa a que alude el artículo 1901 C. C. FUENMAYOR dice que no es donación porque falta el *animus donandi*, y el propio artículo 1901 contrapone la justa causa al título de liberalidad, pero que tampoco se trata de un pago, ya que se habla en el 1901 de cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada. En consecuencia, se considera por la doctrina que estamos en presencia de un acto «neutro», siguiendo la terminología de OPPO.

El T. S. en S. de 17 octubre 1932 admite la constitución de una obligación civil en sustitución y cumplimiento de la obligación de prestar alimentos a la concubina desamparada, concibiendo dicho cumplimiento, según FUENMAYOR, como acto neutro, ya que de una parte no se puede calificar de donación y, por otra, el T. S. se cuida de señalar la ausencia de prestación correlativa por parte de la mujer.

Ahora bien, como fiscalmente no existe la categoría de los actos neutros, tendremos que inclinarnos por una u otra de las Tarifas existentes: la de los actos onerosos o la de los gratuitos. Creemos que al no tratarse de donaciones deberá de aplicarse la tarifa de los actos onerosos, puesto que debe prevalecer el criterio de considerar al cumplimiento como un pago y no como una transmisión gratuita.

- 2.º *Suscripciones públicas.*—En algunas de ellas (para elevar un monumento a una persona insigne) al no existir sujeto pasivo destinado, no es posible la construcción de una relación jurídica, en general, ni tributaria en particular.

En otro tipo de suscripciones, como son las establecidas genéricamente a favor de los damnificados por catástrofe, es también posible la construcción de vínculos jurídicos entre los suscriptores donantes y los damnificados beneficiarios.

Quizá el supuesto más dudoso se presenta cuando la suscripción se realiza a favor de una persona determinada. En este caso el T. S. en Sentencia de 1 de febrero de 1956, declara que las cantidades entregadas por suscripción nacional no están sujetas a tributación por el impuesto de derechos reales. El Tribunal Supremo considera que cuando se trata de un homenaje nacional hay que pensar en un acto de derecho público, que sin dejar de constituir una liberalidad, trasciende del ámbito de derecho privado en que se desarrolla la donación. Y que aún aceptando el problema en el ámbito privado, no es posible construir un vínculo jurídico entre los suscriptores-donantes y el be-

neficiario, ya que al no existir documento que refleje la donación, ésta sería verbal, lo cual exige la entrega simultánea de donante a donatario, cosa que no ocurre en la suscripción pública.

A nuestro juicio es acertada la postura del T. S., de no someter a tributación en concepto de donación a las suscripciones públicas, aunque de las razones alegadas nos convenza más la primera que la última.

3.º Premios de concursos (literarios, radiofónicos, televisivos...). Debemos distinguir dos supuestos:

- Si el llamado premio no es otra cosa que el precio de la obra premiada, la cual queda en poder del premiante, el acto no puede calificarse de donación en ningún aspecto y, por tanto, tampoco en el fiscal.
- Si se trata de premios que otorguen las empresas con fines exclusivamente publicitarios, nos encontramos con que al no existir *animus donandi* en la Empresa, el acto no puede calificarse de donación. Pero desde el punto de vista del adquirente no hay duda de que la adquisición fue a título lucrativo, y que, por consiguiente, debía de tributar por el tipo de extraños, lo cual supondría tanto como impedir tales premios.

El legislador ha adoptado una solución intermedia, y declara en el artículo 55, 8.º que tributará como transmisión onerosa «los premios consistentes en bienes inmuebles que se otorguen por las empresas con fines exclusivamente publicitarios». Pero, ¿qué ocurre entonces con los premios consistentes en cosas muebles, generalmente dinero? A nuestro juicio, dado que la publicidad es objeto de tráfico mercantil, estos actos, a tenor del artículo 62, quedarían sujetos al impuesto de Tráfico de Empresas, y no al de Transmisiones. Igual criterio habría que mantener respecto a los premios televisivos y radiofónicos, dado el carácter de empresa de las entidades premiantes. Sin embargo, como luego veremos, el artículo 62 impide esta solución.

4.º El requisito de la forma en las donaciones. El problema se plantea respecto a las donaciones de inmuebles no realizadas en escritura pública, o las de muebles que no constan por escrito, sin que se entregue simultáneamente la cosa donada. Sustantivamente la opinión doctrinal más generalizada es la de que en

tales casos la donación es inexistente y, como consecuencia, no hay convención liquidable.

Sin embargo, no ha sido ésta la postura mantenida por el TEAC, el cual ha atendido más al hecho económico del traslado de bienes que al jurídico de existencia de contrato, declarando que para exigir el impuesto por donación no es necesario que conste por escrito, sino que basta con que esté acreditada su existencia (R. 10 de marzo de 1936), lo cual es lógico cuando se trate de una donación verbal con entrega de la cosa, puesto que lo que tributa es el acto y no el documento. Sin embargo, esta tesis se desvirtúa, a nuestro juicio, en la R. de 4 febrero de 1947, en la que se afirma que con arreglo al artículo 1.261 C. C. el contrato es inexistente si falta alguno de los requisitos que establece dicho artículo, y que si el defecto está en la forma el contrato es simplemente nulo y, por tanto, liquidable, a tenor del artículo 1, según el cual el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia.

En el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid se argumentó, además, diciendo que el no liquidar la donación de un bien inmueble hecha en documento privado, significaba tanto como hacer más ventajosa la situación del documento privado que la de la escritura pública. El argumento es de indudable fuerza, pero la solución estimamos que está en el artículo 7, con arreglo al cual para que el defecto de forma no impida la liquidación del acto, ha de afectar a la validez o la eficacia del negocio, pero que como en este supuesto el defecto determina la *inexistencia* del negocio, no hay materia liquidable, y que, por consiguiente, no hacemos de peor condición a la escritura, sino que, por el contrario, respetamos su verdadero significado de ser un requisito *ad solemnitatem*.

Pasando ahora a ofrecer un pequeño muestrario de la opinión jurisprudencial se han considerado como actos sujetos, en concepto de donación, los siguientes:

- La promesa de pagar una pensión y ceder una vivienda hecha en escritura de capitulaciones, ya que el verbo prometer no tiene un significado distinto al de obligarse (S. 27 de octubre de 1926).
- El ofrecimiento hecho por carta de determinada suma para construir un hospital municipal (S. de 11 de febrero de 1929).

- Si el gravamen o pago de pensiones es inferior al valor de los bienes donados, la diferencia debe tributar como donación (R. 10 de marzo de 1936).
- La cláusula establecida en la venta de la nuda propiedad de una finca por virtud de la cual el comprador se compromete a pagar cinco mil duros a unas monjas y dos mil a un sacerdote al morir la vendedora, que se reservó el usufructo vitalicio, constituye donación entre extraños (R. 20 septiembre 1955).
- El seguro mixto contratado durante el matrimonio por ambos cónyuges y percibido en vida debe tributar como donación por el importe de la mitad de la póliza, aunque la donación sea nula (R. 11 noviembre de 1952).
- La Resolución de 27 de mayo de 1961 consideró como acto sujeto en concepto de donación, la escritura de rectificación de otra anterior en la que se donaba el pleno dominio, en el sentido de que la anterior donataria, ahora dueña en pleno dominio, dispuso del usufructo a favor de sus padres, antiguos donantes, y a cuyo fallecimiento pasarían sólo en usufructo a ella, instituyendo la nuda propiedad en forma indeterminada y dependiente de un suceso futuro e incierto a favor de sus hijos, si los tuviere, y en otro caso de sus hermanos y sobrinos, por cabezas y stirpes. En este caso, además de dejar firme la liquidación anterior, se liquida por donación de usufructo, y queda pendiente la de la nuda propiedad hasta que se cumpla el evento.
- La Sentencia de 17 de mayo de 1963 declara que en el caso de donación de solar y de edificación en construcción sobre él, procede la liquidación por el total del edificio, ya que en la escritura de donación se decía que la construcción de la casa se realizaba con dinero perteneciente a los donantes, obtenido mediante créditos abiertos a tal fin, o que pudieran solicitar en lo futuro hasta la terminación de las obras, sin que tal afirmación pueda desvirtuarse por una escritura de aclaración posterior, dada la rotunda claridad de su afirmación.
- La R. de 26 de septiembre de 1950 considera como donación la estipulación de que con la finalidad de que quede unificada la porción de herencia se la adjudica a un heredero, sin que se haga reserva alguna de derechos, presentes o futuros, respecto al otro.

Por el contrario, se han declarado judicialmente como actos no sujetos en concepto de donación, los siguientes:

- Cuando el acto se realiza para evitar un litigio y no por mera liberalidad del cedente (R. 21 de septiembre de 1923).
- Cuando padre e hija emancipada adquieren por compraventa el usufructo y la nuda propiedad de una finca, respectivamente, no debe apreciarse como acto deducido una donación del padre a la hija sobre la base del valor de la nuda propiedad (R. 12 de noviembre de 1946).
- Si falta el ánimo de liberalidad y la aceptación, no hay donación; y tal ocurre en la renuncia de un crédito, máxime si con anterioridad se reconoce haber recibido su importe (R. de 22 de febrero de 1949).
- Mientras una donación no se acepte, falta el consentimiento del contrato y debe considerarse inexistente (R. 23 de octubre de 1951 y 25 de mayo de 1954).
- No procede liquidar como donación el acuerdo social por el que se declaran extinguidas y sin ningún valor ni efecto determinadas cédulas de fundador que están en poder de los únicos socios (R. 27 de mayo de 1952).
- No es donación el aumento de valor apreciado en una cesión a título oneroso (R. de 3 de diciembre de 1952).
- La Resolución de 10 de mayo de 1963, reiterada por otra de 23 de octubre de 1964, considera que el acta levantada a efectos del impuesto de utilidades, en la que se manifestó por el interesado que determinada cantidad de acciones procedían de donación de su madre, no es suficiente por sí sola para exigir el impuesto, y únicamente debe servir para iniciar la investigación fiscal correspondiente, ya que dicha declaración es unilateral, y no suple el consentimiento de los donantes, requisito imprescindible para la existencia de la donación, según doctrina contenida en el artículo 44 del R. D. R.

En cuanto a la distinción entre este impuesto y el de tráfico de empresas es evidente que, dados los términos del artículo 62 de la Ley que exige el carácter oneroso en la transmisión para poder quedar sometida al impuesto de tráfico de empresas en determinados casos, la donación quedará siempre sometida al impuesto de transmisiones.

B) *Donaciones especiales*

El artículo 63, 2) de la Ley establece que «las donaciones con causa onerosa y las remuneratorias tributarán por tal concepto y por su total importe. Si existiesen recíprocas prestaciones o se impusiese algún gravamen al donatario tributarán por el mismo concepto solamente por la diferencia». Viene este precepto a recoger, con una dicción más técnica, el criterio mantenido en el artículo 29, 2) del Reglamento.

Efectivamente, la Ley parte del principio de que tanto las donaciones onerosas como las remuneratorias quedan sujetas al impuesto como donaciones ordinarias, y que la única especialidad radica en que si hay recíprocas prestaciones o se impone algún gravamen se considerará donación sólo la diferencia. Con ello resulta que las donaciones remuneratorias son donaciones ordinarias, a efectos fiscales, ya que ni el mérito del donatario ni los servicios prestados al donante no exigibles jurídicamente pueden considerarse como gravamen ni como prestación recíproca.

En cuanto a la donación onerosa, dentro de la cual habrá que incluir a la donación modal, el problema puede radicar en la valoración de la carga o prestación recíproca, como cuando ésta consista en el pago de deudas del donante y las mismas no estén bien determinadas.

Finalmente, nos referiremos a donaciones con pactos especiales:

a) La donación con reserva de facultad de disponer, a que se refiere el artículo 639 del C. C. Entendemos que la facultad de disponer juega a modo de condición resolutoria, y que, por consiguiente, si el donante la utiliza, el donatario tendrá derecho a la devolución de lo pagado, en los términos del artículo 17 de la Ley.

b) Si la donación es con cláusula de reversión hay que distinguir si la reversión es a favor de tercero, en cuyo caso el problema es similar al del apartado anterior, o si, por el contrario, es a favor del propio donante. En tal caso no sólo tendrá el donatario derecho a la devolución del impuesto, sino que entendemos que la reversión es acto no sujeto, puesto que no se trata de una nueva transmisión, sino de dejar sin efecto una transmisión anterior. Apoyamos esta postura en la R. del TEAC de 4 de abril de 1968, que siguiendo el criterio de la S. T. S. de 9 de junio de 1933 considera que la reversión no es otra cosa que el cumplimiento de una condición resolutoria. Dicha resolución reitera la de 2 de diciembre de 1966, que fue declarada por el Tribunal como de interés general a efectos de su publicación en el *Boletín del Ministerio de Hacienda*. (El supuesto se refería a reversión en caso de expropiación

forzosa, pero la solución estimamos que es aplicable a todo tipo de reversiones y, por tanto, a la de donaciones.)

c) *Revocación de donaciones.* Si tiene como fundamento el incumplimiento de cargas o la ingratitud del donatario no habrá derecho a la devolución del impuesto según dispone el artículo 17. Por el contrario, si la revocación fuese debida a superveniencia o supervivencia de hijos sí habrá derecho a dicha devolución, sin perjuicio de que se gire la oportuna liquidación en concepto de usufructo por el tiempo que haya durado la donación.

En todo caso en que la donación sólo quede sin efecto respecto a alguno de los bienes donados, entendemos habrá que devolver la diferencia entre lo realmente pagado y lo que hubiera correspondido pagar de no haberse incluido el citado bien en la donación.

C) *Supuestos en que se presume la existencia de donación*

1) *La renuncia.*—El legislador fiscal se refiere a ella en los artículos 38 (renuncia de herencia), 76, 3 (renuncia de usufructo) y 134 de la Ley (prescripción). En el Reglamento del artículo 22, 8 regula la renuncia a los gananciales, y el 31, 17 y 18 reiteran los conceptos de renuncia de herencia y prescripción.

El primer problema que nos plantean dichos artículos es el de si sólo están sujetos estos tipos de renuncia o, por el contrario, se podrán sujetar otras. Como el artículo 24 de la L. G. T. dispone que «no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible» parece que los demás tipos de renuncia no estarán sujetos. Sin embargo, a tenor del artículo 54, 1.º, cuando como consecuencia de la renuncia (que es un acto *inter vivos*) se produzca una transmisión de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas, indudablemente dicha renuncia será acto sujeto. Vamos a seguir para el estudio fiscal de la materia la clasificación tripartita que de la renuncia nos da ROCA:

a) *Renuncia abdicativa.*—Si la renuncia se refiere a derechos, que aun teniendo un contenido económico, éste no es valuable fiscalmente, el acto es no sujeto, ya que sin base liquidable no es posible construir una relación jurídico-tributaria. Ejemplos: renuncia al derecho de preferente suscripción de nuevas acciones, renuncia impuesta por el acreedor al deudor de no poder éste repudiar la herencia, renuncia a un retracto legal, etc.

Si la renuncia se refiere a derechos valuables fiscalmente y la misma

se hace mediante precio es indudable que el acto no puede calificarse de donación y, por consiguiente, queda fuera del ámbito de este tema. Habría de exigirse el impuesto con arreglo a la naturaleza del acto que encubriera dicha renuncia. En este sentido la S. T. S. de 24 de diciembre de 1909 habla de la precisión de hacer constar la renuncia en las condiciones necesarias para el establecimiento del vínculo de derecho entre el renunciante y aquel a quien interese la renuncia.

Por último si la renuncia de un bien o derecho valuable fiscalmente se hace sin ningún tipo de contraprestación, el adquirente de dichos bienes o derechos lo será a título lucrativo y en tal concepto tendrá que satisfacer el impuesto. Examinemos algunos supuestos:

- Si se renuncia al pleno dominio de una cosa, ésta deviene *res nullius*, y conforme al artículo 21 de la L. P. E., si se tratase de bienes inmuebles pertenecerán al Estado como bienes patrimoniales, y el acto estaría exento al amparo del artículo 65, 1, 1.º, a). Si lo que se renuncia es a una cosa mueble, como nos falta la persona favorecida, que no existe, tampoco podremos construir una relación tributaria. La ocupación de dicha cosa se regulará por lo establecido en el C. C. y leyes especiales.
- Si se renuncia a una cuota del dominio por uno de los comuneros (entendemos que el titular del pleno dominio no puede renunciar a una cuota), a pesar de que no existe un precepto expreso que ampare el acrecimiento a los demás condueños, la doctrina civilística general considera que la porción repudiada acrece a los demás condueños. Es decir, que se ha producido una transmisión patrimonial del renunciante a los demás condueños. Este movimiento se opera por dos motivos: uno de tipo voluntario (la renuncia) y otro de carácter institucional (el acrecimiento). Sustantivamente es indudable que no estamos en presencia de una donación, puesto que falta o puede faltar el *animus donandi*; y porque la donación es un contrato y la renuncia es un acto unilateral. Pero, desde el punto de vista fiscal, ha habido una transmisión *inter vivos*, que a tenor del párrafo 1.º del artículo 54, debemos sujetar al impuesto, y que al ser gratuita se calificará de donación, como indica el inciso final del artículo 38, 1.º, «... sin perjuicio de lo que deba liquidarse además, por la cesión o donación de la parte repudiada». Para fijar el tipo se atenderá al parentesco entre repudiante y beneficiario.
- Si se renuncia a un derecho desmembrado del dominio, lo que en definitiva supone su extinción, se someterá al impuesto al amparo del artículo 54, 2.º En el caso más frecuente, la renuncia

al derecho de usufructo, el artículo 76, 3.º, párrafo final, nos dice que «la renuncia, aunque sea pura y simple, de un usufructo ya aceptado, se considerará a los efectos fiscales como una donación del usufructuario al nudo propietario».

Este precepto se refiere al supuesto más simple: el de que el usufructo pertenezca a un solo titular: Pero ¿qué ocurre si el usufructo pertenece a varios cotitulares, y uno de ellos renuncia a su cuota? Civilmente el problema no está demasiado claro sobre si la porción repudiada acrecerá a los demás cusufructuarios o al nudo propietario. Don Jerónimo González cree que si el cusufructo se estableció *in solidum* habrá derecho de acrecer a favor de los cusufructuarios; si se estableció *pro partibus*, la cuota repudiada se consolidará en el dominio.

El artículo 987 C. C. nos dice que «el derecho de acrecer tendrá también lugar entre los... usufructuarios en los términos establecidos para los herederos». A pesar de que el precepto está situado entre los referentes a la herencia, creemos debe aplicarse a todo tipo de usufructos, y no sólo a los constituidos por herencia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la renuncia a la herencia es una renuncia de tipo preventivo, mientras que la del cusufructo es de tipo abdicativo, por lo que la solución no puede ser idéntica. Por ello, nos adherimos a la tesis de don Jerónimo y, en consecuencia, el liquidador deberá calificar como problema previo el de determinar a quien acrece la porción repudiada, y practicar, en consecuencia, la liquidación que proceda.

b) *Renuncia preventiva*.—Dicha renuncia no está sujeta al impuesto; así lo dice claramente el párrafo 17 del artículo 31 del R. D. R., y se deduce del artículo 38 de la Ley, aunque uno y otro sólo se refieren expresamente al supuesto de herencia o legado, pero indudablemente hay que aplicar igual criterio a cualquier forma de tal renuncia, como podrían ser las de donaciones u otras ofertas de adquisición.

La única consecuencia fiscal, en cuanto a la renuncia hereditaria, estriba en que los beneficiarios tributarán por la adquisición de la parte repudiada, con arreglo al número de la Tarifa que correspondería aplicar al renunciante, a no ser que por el parentesco del causante con el favorecido proceda la aplicación de un número de Tarifa más gravoso.

El legislador fiscal ha seguido en este punto la doctrina civil contenida en los artículos 1.000, con las ventajas y defectos que tiene el indicado artículo.

El T. E. A. C. en Resolución de 17 de abril de 1964, entendió que el hecho de haberse girado y pagado liquidaciones de los herederos renunciantes, debía estimarse suficiente para entender que existía una

aceptación tácita de la herencia, de acuerdo con el artículo 999 C. C. En consecuencia, dicha renuncia debía liquidarse como donación.

Sin embargo, el T. S. en S. 20 de febrero de 1965 revocó el fallo entendiendo que sólo cabe presumir la aceptación tácita respecto del presentador del documento a liquidación, y que respecto a él es correcta la liquidación por donación, pero no respecto a los demás coherederos, ya que no es admisible el mandato presunto previsto en el número 5 del artículo 106 del Reglamento, ya que tal mandato es de carácter fiscal, referido exclusivamente a diligencias de gestión y trámite y no comprende facultades para actos de voluntad y consentimiento o renuncia de derechos, que requieren mandato especial y expreso.

El criterio del T. S. no parece muy acertado en este punto, como lo demuestra el que el propio Tribunal en S. 9 de abril de 1958, mantuviese la tesis contraria, al considerar que la renuncia después de pagada la liquidación provisional, es fiscalmente donación, ya que del expediente no hay nada que demuestre que el mandatario verbal carecía de la representación que alegaba, ni elemento alguno susceptible de destruir la legal presunción de que el importe de las liquidaciones han sido satisfechas por los herederos.

La diferencia de que en un caso se alegaba la representación verbal de los demás coherederos, y en otro no, no nos parece razón suficiente para el cambio de criterio, ya que tal alegación sólo puede afectar al que la emite, pero en ningún caso al presunto representado que puede ser ajeno a las manipulaciones del primero.

Por ello nos inclinamos a la tesis ponderada de RODRÍGUEZ-VILLAMIL, para quien la solución estaría en que la presunción del artículo 106, 5 del Reglamento fuese de naturaleza *iuris tantum*, y no *iuris et de iure*, como parece indicar sus términos imperativos, o como dice el T. S. que esta representación fuese sólo a efectos de notificaciones, pudiendo en los demás casos jugar la prueba de presunciones en los términos del artículo 1.253 del C. C.

c) La renuncia reconocitiva es de más difícil encuadramiento dentro de la técnica fiscal, ya que en este caso se abandona un derecho dudoso o controvertido, es decir, un derecho de cuya titularidad no está seguro el repudiante. En este caso entendemos que debe jugar plenamente la calificación del liquidador y, por consiguiente, si éste estima que el bien o derecho pertenecía al repudiante, deberá girar la oportuna liquidación a cargo del beneficiario, sin perjuicio, claro está, de la impugnación que a éste corresponda.

Por último, nos dice el artículo 38 que «la repudiación o renuncia hecha después de prescrito el impuesto correspondiente a la herencia o

legado se reputará, a efectos puramente fiscales, como donación». Concuerta con lo dispuesto en el artículo 133, 6 de la L. R. T., y se trata de una norma nueva, no recogida en la antigua legislación de Derechos reales. Al afirmar tajantemente la consideración de donación a la renuncia después de prescrito el impuesto, no cabe duda de que se le aplicarán todas las normas fiscales de la donación, y entre ellas las de las acumulaciones a que se refiere el artículo 63, 3. En definitiva, estamos en presencia de una renuncia de tipo preventivo que se sujeta al impuesto para evitar el fraude fiscal.

De la renuncia a los gananciales, y los problemas fiscales que plantea nos ocuparemos posteriormente.

D) *Presunciones donatorias*

El artículo 64 del texto refundido presume la existencia de transmisiones lucrativas en los supuestos que veremos a continuación. A juicio de ALBIÑANA, estas presunciones juegan tanto a efectos de transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*, aunque el precepto figure entre los que regulan las transmisiones *inter vivos*.

Estos casos son:

1. a) «Cuando de los Registros fiscales resultare la disminución del patrimonio de una persona, y sincrónicamente o con posterioridad, pero nunca después de dos años, el incremento patrimonial del cónyuge, de los descendientes o de los hijos adoptivos o cónyuge de cualquiera de ellos.»

Recoge este artículo lo dispuesto en el artículo 23 de la antigua Ley de 1958, y 149, 1 del Reglamento, pero con un carácter más amplio ya que habla en general de registros fiscales, y no sólo del registro de rentas y patrimonios, y por otro lado alude genéricamente a descendientes, y no sólo a los hijos, incluyendo a los adoptivos o al cónyuge de cualquiera de ellos, cosa que no establecía la Ley del 58. La presunción nos parece que se refiere sólo a los descendientes legítimos en línea recta, aparte de los hijos adoptivos, con exclusión de cualquier otro tipo de descendientes.

El procedimiento se iniciará, según el artículo 23 de la Ley de Derechos Reales, aplicable en base a lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley de 1964, por acuerdo de la Dirección General de lo Contencioso. La Oficina Liquidadora del domicilio del beneficiado le requerirá para que haga las manifestaciones que estime oportunas. En caso de explicación insuficiente, y previa constancia de lo actuado, se elevará el expediente a la Abogacía del Estado, y ésta con su dictamen al Jurado Tri-

butario, el cual previa las ampliaciones que considere oportunas, declarará en conciencia si ha lugar a estimar o no, la existencia liquidable de una transmisión lucrativa y, en su caso, la cuantía de la misma. Los fallos del Jurado no serán susceptibles de recurso alguno, ni siquiera el contencioso administrativo. Regula hoy esta materia el Decreto de 6 de mayo de 1965, el cual reconoce la competencia en única instancia de los Jurados Territoriales, si la cuantía no excede de 500.000 pesetas si se trata de bases, o de 150.000 si se discutieran cuotas. En los demás casos cabe alzada ante el Jurado central, fallando unos y otros en conciencia, y sin que quepa recurso contencioso administrativo.

La circunstancia de exigirse un acuerdo inicial de la Dirección General de lo Contencioso hace que esta presunción tenga poco juego en la práctica.

b) «Cuando, fallecida una persona sin dejar cónyuge viudo, ni descendiente o hijos adoptivos, los mismos Registros acusaren, en el desenvolvimiento del Patrimonio del causante, disminuciones que sincrónica o posteriormente, pero nunca después de tres años, sean correlativas al incremento en el patrimonio de los herederos o legatarios.

A estos efectos se entenderá por incremento patrimonial toda adición de nuevos bienes o derechos a los ya poseídos, en cuanto éstos permanezcan constantes, o la diferencia en más valor de los bienes o derechos adquiridos durante un período de tiempo sobre el valor de los realizados en el mismo lapso.

Contrariamente, por disminución se entenderá toda realización de bienes o derechos poseídos sin que medie adquisición de nuevos, o la diferencia en menos entre el valor de los bienes o derechos adquiridos durante un período de tiempo en comparación con los realizados en el mismo lapso.»

Presenta este párrafo en relación al anterior, con el que se complementa, dos diferencias:

- Que mientras el párrafo a) juega tanto si el presunto transmitente ha fallecido como si vive, en éste se exige el fallecimiento, lo cual es lógico, ya que hasta entonces no puede saberse quiénes son los herederos o legatarios.
- Que el plazo entre la disminución y el aumento del patrimonio se amplía a tres años en vez de dos.

c) «Cuando de la investigación de las altas y bajas del impuesto industrial resultare el alta de descendiente o cónyuge por razón del mismo negocio en que se dio la baja de ascendiente o del otro cónyuge.»

En este párrafo se excluyen los hijos adoptivos a diferencia de los

dos anteriores, sin que se nos alcance a ver la razón de dicha exclusión. Tampoco establece plazo, por lo que habrá que estar al de cinco años de prescripción.

En los tres apartados que comentamos surge la peculiaridad de presumir una donación entre cónyuges, las cuales están prohibidas por el Código Civil en su artículo 1.334 que las declara nulas, no obstante lo cual se liquidan, sin que a nuestro juicio el artículo 7, párrafo 1.º de la Ley nos parezca fundamento suficiente, ya que éste prescinde de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que afecten a la validez o eficacia, pero no, por consiguiente, las que determinen la nulidad de pleno derecho del negocio.

2. El número dos del artículo 64 señala que «en ningún caso serán de aplicación las normas anteriores respecto de las disminuciones de capital o altas y bajas del impuesto industrial acaecidas antes de los cinco años desde la notificación al interesado de las propuestas de liquidación», lo cual, en definitiva, es una aplicación del plazo general de prescripción que establece el artículo 64 de la Ley General Tributaria.

3. El número 3 del artículo que comentamos se refiere a un supuesto de indudable mayor trascendencia práctica, al menos en cuanto al número de casos que se aplica. Presume dicho párrafo la existencia de transmisión lucrativa «en las adquisiciones a título oneroso realizadas por los ascendientes como representantes de los descendientes menores de edad, a favor de éstos, por el importe del valor de los bienes o derechos transmitidos a menos que se pruebe a satisfacción de la administración la previa existencia en su patrimonio de bienes suficientes para realizarla».

Coincide con lo dispuesto en el artículo 155, 6) de la L. R. T., que recoge la norma contenida en el artículo 9, 3) del R. D. R., ampliándola, ya que ésta recogía sólo el supuesto entre padres e hijos, mientras ahora se habla de ascendientes y descendientes.

Los requisitos para que juegue esta presunción son los siguientes:

- Que la adquisición sea a título oneroso, no jugando, por consiguiente, en las a título lucrativo. Tampoco jugaría en la permuta.
- Que el ascendiente actúe como representante del menor. Entendemos que la representación a que se alude es la legal (patria potestad o tutela si el tutor no es ascendiente, no juega la presunción), y no jugará si el menor está emancipado, aunque confiera poder a su ascendiente, aunque con la dicción literal del precepto es posible encajarla.
- Se ha de tratar de una adquisición realizada a favor de un me-

nor. Por la razón antes apuntada si el menor está emancipado no procederá aplicar la presunción. Tampoco procederá si se trata de una adquisición realizada como representante legal de una persona mayor de edad, que esté incapacitada.

- Que no se pruebe a satisfacción de la Administración, la previa existencia en el patrimonio del menor de bienes suficientes para realizarla. Este juicio entendemos que queda al arbitrio del liquidador.

En todo caso cabe recurso ante el Jurado Tributario, lo cual, por cierto, es una novedad de la Ley de Reforma Tributaria de 1964.

4. «Si los interesados no aceptaran los hechos tributarios derivados de la aplicación de este artículo se suspenderán las liquidaciones correspondientes hasta que el Jurado resuelva, en definitiva, sobre la existencia de aquéllos.»

Creemos que deberá practicarse una liquidación caucional, de la que no vemos inconveniente se tome nota marginal en el R. de la P., similar a la de usufructos.

E) *Actos onerosos a los que se aplica la tarifa de sucesiones*

I. El artículo 74 de la Ley dice: «Las transmisiones onerosas de bienes y derechos otorgadas por los ascendientes a favor de sus descendientes se liquidarán por el número correspondiente de la Tarifa del Impuesto General sobre las Sucesiones, si las cuotas resultantes fueren superiores a las derivadas de la aplicación del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.»

Coincide literalmente con el artículo 155, 5) L. R. T., y amplía los criterios mantenidos por el R. D. R. en sus artículos 9, 2) y 31, 23).

El comentario sobre la técnica de este precepto ha de ser desfavorable:

- Habla de transmisiones onerosas, pero ¿se aplicará en caso de permuta entre ascendientes y descendientes? Creemos con BAS y RIVAS, que dada la finalidad del precepto, evitar la defraudación presumiendo con carácter *iuris et de iure* la existencia de una donación, esta presunción cae por su base en el caso de la permuta, ya que este contrato, por su naturaleza jurídica, descarta la posibilidad de disfrazar donaciones. No obstante, la dicción literal del precepto convendría reformarla para evitar posibles disgustos a los contribuyentes.

- Se aplica la presunción cualquiera que sea la clase bienes o derechos objeto de la transmisión. En este punto sí ha tenido en cuenta el legislador la opinión de la doctrina, ya que, como señalaba el mismo autor, la presunción existe igualmente en el caso de transmisiones de buques, maquinaria, automóviles, alhajas, valores mobiliarios, etc., con valor equiparable al de muchos bienes inmuebles. En este punto nos parece acertada la reforma.
- Por último habla de transmisiones entre ascendientes y descendientes, mientras el Reglamento habla de padres y de hijos legítimos, naturales o adoptivos. También en este punto el legislador es muy impreciso: ¿se aplicará la presunción sólo en la línea recta o también en la colateral? ¿Juega exclusivamente en el caso de parentesco legítimo, natural o adoptivo o, por el contrario, se extiende al ilegítimo no natural? En las notas al Texto de la Ley publicadas por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda, debidas a ROVIRA RARAZONA, se dice que al no determinar el parentesco la Ley, serán de aplicación los preceptos del Reglamento que se refieren a los legítimos, naturales o adoptivos, opinión que nos parece acertada. En cuanto a línea en que se aplica entendemos que sólo puede jugar en la recta y en ningún caso en la colateral, ya que la realidad demuestra la inexistencia de donaciones en esta línea, siendo, por consiguiente, desorbitado el alcance que en otro caso adquiriría el precepto. Por estas razones convendría, por consiguiente, una mayor precisión en el precepto.

¿Juega en el caso de afinidad, venta del suegro al yerno o nuera? Textualmente no, pero quizá hubiese sido conveniente incluir este supuesto, ya que en caso contrario queda un medio fácil e importante de evasión, puesto que sustantivamente los bienes adquieren carácter de ganancial, tanto en este caso como en el de la venta al hijo o descendiente.

El artículo 9, 2) del R. D. R., desarrollando esta materia, dice que si hubiese coincidencia de apellidos entre el comprador y el vendedor o entre el cesionario y el cedente, sin mediar relación paterno-filial, dará fe de ello el Notario autorizante del documento o si concurrieren testigos de conocimiento de lo que éstos aseveren al respecto; tratándose de documento privado, los interesados deberán declararlo así, bajo juramento, y acompañar la justificación en forma adecuada de ello.

Por último, digamos que, si bien el legislador presume en el fondo la existencia de una donación, lo cierto es que no declara que el acto se equipara fiscalmente a la donación y, por consiguiente,

a mi juicio, no se le aplicarán las demás notas de la donación, especialmente las reglas de las acumulaciones.

II. Establece el artículo 15, 11) R. D. R. que cuando los hijos constituyan pensiones a favor de los padres, a cambio de cesión de bienes inmuebles, se aplicará al adquirente de los bienes la escala de herencias, siempre que sea superior a la de Transmisiones.

Esta norma no está recogida, ni en la Ley de Reforma, ni en el Texto Refundido, por ser innecesaria, ya que con carácter general está recogida en el artículo 74 que acabamos de estudiar.

III. Otro supuesto de acto oneroso al que se aplica la Tarifa de Sucesiones es el que se deriva del artículo 83.

Este artículo distingue tres supuestos distintos:

- a) Que la pensión se constituya sin mediar entrega de bienes o derechos, en cuyo caso se le aplica la Tarifa de Sucesiones, atendiendo al grado de parentesco entre el pensionista y el que ha de satisfacer la pensión. El criterio es correcto, ya que indudablemente el acto ha de calificarse como donación.
- b) Que la pensión se constituya a cambio de cesión de bienes o derechos, pero que el transmitente sea persona distinta del pensionista. En este caso al adquirente de los bienes se le aplica la escala de Transmisiones, con arreglo al número 20, artículo 70, pero al pensionista, que adquiere su derecho a título lucrativo, se le aplicarán las Tarifas de Sucesiones, atendiendo al grado de parentesco que le une con el transmitente de los bienes o derechos. Es igualmente un criterio correcto.
- c) Por último, aplica el artículo 83 la Tarifa de Sucesiones, a las pensiones que los ascendientes constituyan a favor de sus descendientes. Como el legislador afirma que esto ocurrirá, «en todo caso», nos encontramos que si es una pensión constituida por el ascendiente, a cambio de cesión de bienes o derechos que le hace su descendiente, a pesar de que el acto es a título oneroso, similar a la permuta, se le aplicará la Tarifa de Sucesiones. En este caso, el juicio ha de ser desfavorable por las mismas razones alegadas en el caso de la permuta.

IV. También se presume, con carácter *iuris et de iure*, la existencia de donación, a efectos fiscales, en el artículo 63, 4), según el cual «cuando a virtud de pacto aleatorio establecido en la adquisición de bienes en común, haya de refundirse sucesivamente en cada uno de los

condóminos la parte que correspondía al premuerto, se liquidará en concepto de donación la transmisión a favor de los sobrevivientes».

Coincide literalmente con lo dispuesto en el artículo 29, 3) del Reglamento.

Se trata, en definitiva, del llamado *pacto tontino*, cosa distinta de las asociaciones tontinas o chatelusianas, y la justificación de su equiparación a la donación radica en que existe un enriquecimiento de los sobrevivientes, sin contraprestación de ninguna clase.

Al calificarse de donación se le aplicarán las normas propias de ésta, entre ellas las que determinan las acumulaciones.

ELEMENTOS PERSONALES

En todo contrato de donación intervienen dos figuras personales. El donante, que dispone de una fracción de su patrimonio con el consiguiente empobrecimiento, y el donatario, que acepta dicha disposición, y que se enriquece con ella. En la donación propiamente dicha no hay ninguna duda sobre la determinación de ambos, pero no así en los actos asimilados, fundamentalmente la renuncia, donde la figura del beneficiario no siempre aparece en primer plano, exigiendo una investigación por parte de la Oficina Liquidadora.

La figura del donante es tenida en cuenta, aisladamente, en el artículo 104, 1) del Reglamento, a los efectos de determinar la competencia de la Oficina Liquidadora, según veremos más adelante.

El donatario es tenido en cuenta por el artículo 67 de la Ley, según el cual «estará obligado al pago del impuesto, a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario. En las transmisiones de bienes y derechos de todas clases, el que los adquiera». Esta posición de sujeto pasivo no podrá alterarse frente a la Administración, por actos o convenios de los particulares, sin perjuicio de las consecuencias jurídico-privadas, según dispone el artículo 36 de la L. G. T.

Por último, conjuntamente, donante y donatario, son tenidos en cuenta para determinar la Tarifa aplicable, según dispone el artículo 63, 1) de la Ley, que luego examinaremos.

BASE LIQUIDABLE

Dice el artículo 53 de la L. G. T. que «se entiende por base liquidable el resultado de practicar, en su caso, en la imponible las reducciones establecidas por la Ley propia de cada Tributo».

El artículo 8 de la Ley dice que el impuesto recae sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tuviesen el día en que se celebró el contrato o se causó el acto sujeto a los mismos.

En principio la determinación de la base liquidable en el contrato de donación, se hace siguiendo los criterios generales propias del impuesto que nos ocupa, sin que exista peculiaridad alguna. Pero desde el instante en que la Tarifa aplicable a las donaciones no es fija, sino que aumenta con la base, el contribuyente adoptó de inmediato la postura de fraccionar la base y, como consecuencia, también el tipo, produciéndose una importante defraudación.

Las Oficinas Liquidadoras trataron de cortar dicho fraude acumulando por su cuenta las donaciones, en base al artículo 29 del R. D. R., el cual determina que las donaciones tributarán como las herencias y, por tanto, le serían aplicables los artículos 75 y ss., que determinan las adiciones al caudal hereditario.

Contra este criterio, el TEAC, en todas las ocasiones en que se interpuso recurso, rechazó dicha acumulación (entre otras las Rs. de 17-I y 21-II-1950; 13-I y 17-II-1959; 24-XI-1961; 27-II y 16-IX-1964), a pesar de que en alguno de los casos se llegó a otorgar veinte escrituras de donación en el plazo de cuatro días, entre los mismos donantes y donatarios.

Esta situación fue abordada por la Ley de 23 de diciembre de 1961, que en su artículo 16, añadió un nuevo párrafo al número 21 del artículo 2.º de la L. D. R., en el que se dispone: «Las donaciones que se otorguen por unos mismos donantes a favor de unos mismos donatarios dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola a los efectos de liquidación del impuesto, determinándose, por tanto, el tipo aplicable en función de la suma de todas las bases liquidables.»

Esta misma norma, con redacción prácticamente igual, fue recogida por el artículo 153, 3) de la L. R. T. y trasladada al artículo 63, 3) del Texto Refundido. Igualmente se ha aplicado a las herencias en el artículo 46 de la Ley del Impuesto.

Sin embargo, la defraudación todavía es posible mediante el cambio de Oficinas Liquidadoras, ya que la vecindad del donante que determina la competencia de dicha Oficina es un dato fácilmente alterable, por lo que quizá fuese interesante la creación de un registro central de donaciones que dificultara dicha defraudación. No obstante, el liquidador debe comprometer todavía más al contribuyente mediante la exigencia de una declaración jurada de no haber existido donación entre el mismo donante y donatario, en los tres años anteriores.

Otro punto que no queda claro es el de si una misma donación se tendrá en cuenta más de una vez, a efectos de acumulación.

El supuesto de hecho es el siguiente: En el año 1968 se celebra una donación; en 1970, otra; las dos entre los mismos donantes y donatarios. No hay duda que ambas habrán de acumularse. Suponiendo que se otorgara otra donación en 1972, ¿habría de acumularse a la de 1970? Atendiendo al texto literal de la Ley no hay duda alguna, pero en tal caso nos encontraríamos con que la donación celebrada en 1970 se acumularía dos veces, una a la de 1968 y otra a la de 1972. ¿Es ésta la intención del legislador? A nuestro juicio no procedería la segunda acumulación, ya que de un lado ésta se consideró a efectos fiscales como una sola con la de 1968, y de otra la finalidad de la norma, evitar el fraude fiscal, está cumplida con que se celebre una acumulación. La solución contraria nos parecería que equivale a exigir dos veces un impuesto por el mismo contrato, contra lo dispuesto en el artículo 79 de que a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho.

Finalmente, en relación a este problema, digamos que, a nuestro juicio, la acumulación procede, no sólo en las donaciones propiamente dichas, sino también en todos aquellos casos en que se presume la existencia de donación a efectos fiscales, según vimos antes. Pero no en el supuesto del artículo 74, ya que aquí el legislador no presume la existencia de donación, sino que aplica la Tarifa de sucesiones a un contrato oneroso, cuando tal Tarifa sea más favorable a la Hacienda.

TIPO

El antiguo precepto del artículo 29, 1) del Reglamento, según el cual las donaciones tributarán como las herencias, según su cuantía y el grado de parentesco entre donante y donatario, se prestaba a confusión, ya que la remisión que contiene no se limita sólo al tipo, sino que podría entenderse a cualquier otra norma dictada para las herencias, y que el intérprete podría intentar aplicar a las donaciones. Así ocurrió con las normas de las acumulaciones, según vimos anteriormente; también se planteó el problema respecto a la exención de las primeras diez mil pesetas, en las donaciones de padres a hijos.

Hoy día, el artículo 63, 3) del Texto Refundido es más exacto. La remisión se entiende sólo referida a la Tarifa del Impuesto General sobre las Sucesiones, por lo que en todo lo demás se rige por el de transmisiones. Así lo dice claramente la Circular 2/65 de la Dirección General de lo Contencioso: «Las donaciones *inter vivos* han de considerarse a todos los efectos, incluso al de la prescripción, como sujetas al impues-

to de transmisiones patrimoniales», con lo cual se excluye la aplicación de las normas del impuesto de Sucesiones, salvo aquellas para las que haya una remisión expresa, como son las de la Tarifa. Insistiendo en esta idea, la propia Circular que comentamos dice que «una cosa es la naturaleza jurídica del hecho imponible, que determina su encuadramiento en el marco legal tributario, y otra muy distinta, el tipo de tributación aplicable.

Las características de la Tarifa que comentamos consisten en ser progresiva, aplicarse por tramos y depender del parentesco entre donante y donatario.

El fundamento de la progresividad de los tipos no es otro que «la utilidad económica», que en las transmisiones lucrativas aumenta a medida que se aleja el grado de parentesco entre transmitente y adquirente. En este sentido se manifiesta MARAÓN, quien, por otro lado, justifica los límites moderados de la escala que rige entre ascendientes y descendientes legítimos, porque en esta clase de transmisiones, supuesta la copropiedad que la vida familiar impone, la utilidad es muy reducida y muchas veces no existe.

En cuanto a los grados de parentesco, el artículo 54, 1) del R. D. R. nos dice que los grados de parentesco son todos, a efectos de la Tarifa, los de consanguinidad, según las normas generales del C. C.

El comentario general sobre la Tarifa ha de referirse a los tipos excesivamente altos que rigen en los últimos números, lo cual determina prácticamente la desaparición de este tipo de donaciones en la contratación diaria, por lo que cabe preguntar si el Fisco no habrá matado la gallina de los huevos de oro. En este sentido, el caso reciente de donación de una S. A. a un empleado con motivo de su jubilación, que provocó una Resolución de nuestra D. G., es significativo, puesto que indudablemente hubo de liquidarse por la Tarifa de extraños, lo cual parece exagerado, dado el motivo de la misma. Una dulcificación de los tipos en algunos casos parece aconsejable, aunque sólo fuera para devolver al tráfico jurídico su autenticidad en este punto.

Como comentarios específicos nos parece citar los siguientes:

a) ¿Cuál es la posición fiscal del hijo adoptivo después de la reforma llevada a cabo por la Ley de 4 de julio de 1970? Con arreglo a la legislación anterior se distinguían dos tipos: la adopción plena, que fiscalmente tributaba por el número 2 de la Tarifa, según el artículo 41 de la Ley; y la menos plena, que tributaba por el número 3, siempre que los adoptados tuviesen menos de veintiún años al tiempo de la adopción. Y la disposición transitoria 5.^a, aplica la Tarifa 3.^a a los ascendientes y descendientes, por adopción, cualquiera que sea la edad que tuviesen

estos últimos al tiempo de otorgarse la escritura pública de adopción, cuando la fecha de ésta sea anterior a 1 de abril de 1945. Los mismos números de la Tarifa serán de aplicación a las adopciones realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 24-IV-58, y aquellas en que el adoptado fuese menor de treinta años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción y la fecha de ésta anterior al 1 de julio de 1964.

Estimamos que urge una rectificación de esta postura para ponerla acorde a la nueva orientación de la adopción en el sentido de equiparar el hijo adoptivo pleno al legítimo, desde el punto de vista fiscal. Y en cuanto al hijo adoptivo simple, parece que es la Tarifa 2 la más idónea para aplicarle.

b) Otro problema interesante es el que plantea el artículo 40 al aplicar el número 1 de la Tarifa a las herencias o legados y, por consiguiente, a las donaciones que otorguen los religiosos profesos en beneficio de la Orden, Congregación o Comunidad a que pertenezcan. Después de publicada la Ley de 28 de junio de 1967, sobre libertad religiosa, cabe preguntarse si dicho precepto se aplicará exclusivamente a los religiosos católicos o, por el contrario, puede extenderse a los ministros del culto no católico. Entendemos que, aunque expresamente no lo dice, el artículo 40 se refiere a los religiosos profesos de religión católica, pero que, a semejanza de lo que ocurría en el caso anterior, la nueva orientación en esta materia debe evitar posibles discriminaciones, totalmente injustificadas y, por consiguiente, extenderse a otras confesiones.

GERMÁN DELGADO JARILLO plantea un problema de tipo en el caso de colación de la donación. En un trabajo publicado en la RCDI, estudia el artículo 30, 3) del Reglamento, el cual señala que al tiempo de la colación no se exigirá el impuesto por herencia, si se justifica haber satisfecho el correspondiente a la donación. Pero el autor se pregunta qué ocurre si el donatario con obligación de colacionar, repudia la herencia y, por tanto, no colaciona (art. 1.036 C. C.). En este caso el donatario se convierte en extraño a la herencia y, por tanto, su donación se imputará a la parte de libre disposición, según el artículo 819 del C. C.

Pues bien, el autor propugna que en este caso debería girarse una liquidación complementaria por el tipo de extraños, ya que entiende que el repudiante se convierte en un legatario extraño.

No nos convence la tesis, ya que una cosa es que a la donación se la impute como los legados, al tercio de libre disposición, y otra muy distinta que la donación *inter vivos* tenga la misma naturaleza jurídica que los legados. Por consiguiente, entendemos que no hay que girar liquidación complementaria alguna, ni que fuese correcta una modificación de la ley en este sentido.

c) El artículo 76, 2) del Texto Refundido establece que «al adquirente de la nuda propiedad se le girará una liquidación conforme a la naturaleza jurídica del título por el que adquiriera, sobre la base del valor de la misma y *aplicándose el tipo que corresponda al valor íntegro de los bienes*».

Causa extrañeza en este precepto el que si la base es la que corresponde al valor de la nuda propiedad, como puede aplicarse a esta base, que por definición ha de ser menor al valor íntegro de los bienes, el tipo que corresponda a estos últimos.

La solución nos la da, en principio, la Circular 1/65, cuando nos dice que la liquidación se hará como si no existiera desmembración del dominio, haciendo abstracción de que tan sólo se adquiere la nuda propiedad.

Esto quiere decir que el porcentaje que representa el usufructo se calculará sobre las cuotas resultantes, más que sobre la base liquidable.

Con ello se soluciona el problema sólo para el caso de que se adquirieran exclusivamente bienes gravados con usufructo, pero se planteaban muchas dudas en el caso de que por un mismo título, una misma persona adquiriese bienes en pleno dominio y en nuda propiedad.

Tal dificultad—dice la Circular 4/65—nace, de un lado, del precepto legal, que exige sea determinado el tipo impositivo en función de la cuantía total de los bienes adquiridos, es decir, abstracción hecha de la existencia del usufructo, y de otro, de la necesidad de deducir, para fijar la deuda tributaria del nudo propietario, el valor del usufructo.

En este caso la solución está en hallar el coeficiente que representa el valor del usufructo en relación al total valor de los bienes donados, o sea, el que determina la porción por la que no debe satisfacer el impuesto el nudo propietario hasta la consolidación del dominio.

No hay que confundir este coeficiente, con el porcentaje que representa el valor del usufructo, ya que este último es invariable, por depender exclusivamente de la edad del usufructuario, mientras que el coeficiente dependerá de la relación que guarde el usufructo con el valor del total de los bienes donados.

Pues bien, la fórmula que da la Circular que comentamos es la siguiente:

$$\frac{U}{P.D. + N.P. + U} \times 100$$

En esta fórmula, U representa el valor del usufructo; P.D. el pleno dominio, y N.D. la nuda propiedad. Ahora bien, dice la Circular que dicha fórmula sólo se establece a efectos de la liquidación mecanizada.

¿Quiere esto decir que las Oficinas de partido han de proceder de otro modo? A mi juicio no, salvo que para hallar dicho coeficiente es más fácil y rápido acudir a una simple regla de tres.

Al tiempo de extinguirse el usufructo se procederá con arreglo a los criterios normales, con la especialidad de que respecto a los bienes que se adquirieron en pleno dominio no se alterará respecto a la nuda propiedad, pues su titular, desde el día de la donación, la incorporó a su patrimonio, y por ello para él sólo mejora o desmerece. Por consiguiente, sólo el usufructo ha de ser referido al valor actual de los bienes transmitidos con desmembración del dominio.

En este punto se procede con arreglo a las normas generales, contenidas en el artículo 76, 4) y 5), y desarrolladas en la Circular que venimos estudiando.

d) Otra especialidad en el tipo es la contenida en el artículo 77, según el cual cuando la donación consista en derechos de uso y habitación, si el interés legal del valor de aquéllos no excede de 5.000 pesetas anuales se considerará fiscalmente como constitución de pensión, a menos que el tipo de herencia fuese más favorable.

Hay que entender, aunque expresamente no lo dice, que al referirse a constitución de pensión lo hace respecto a las de título oneroso, y que, por consiguiente, el tipo en este caso es el de 4,60 por 100, salvo que el de herencias sea más beneficioso.

La razón de esta especialidad hay que buscarla en la escasa cuantía económica, y en el deseo de favorecer a personas humildes.

PLAZO DE PRESENTACION Y OFICINA COMPETENTE

El artículo 178 de la L. R. T., recogido en el 115 del Texto Refundido, señala que «los plazos en que deban presentarse los documentos o las declaraciones escritas a que se refiere el último apartado del artículo 113, serán los que reglamentariamente se fijen».

Existe, por tanto, una remisión al Reglamento que actualmente es de 15-I-1959. El artículo 107 del mismo, indica como plazo para todos los actos *inter vivos*, el de treinta días hábiles, contados desde el siguiente al de su otorgamiento o aprobación. Y el artículo 108 completa esta materia, ampliando el plazo a sesenta días hábiles, igualmente computados, cuando se trate de documentos otorgados en el extranjero, o que procediendo de la Península hayan de presentarse en Baleares, Canarias o territorios africanos, o viceversa.

La interrupción se rige igualmente por la doctrina general, contenida en el artículo 113 del Reglamento.

En cuanto a la Oficina competente, el D. de 15 de febrero de 1962 adicionó un nuevo párrafo al artículo 104, 1), 1.º, en el sentido de que «los documentos relativos a donaciones *inter vivos* habrán de presentarse precisamente en la Oficina Liquidadora a que corresponda el domicilio del donante o el de la sociedad conyugal si la donación se verificase conjuntamente por ambos cónyuges. En cualquier otro caso de pluralidad de donantes la competencia corresponderá a la Oficina Liquidadora en que tenga su domicilio el de mayor edad de aquéllos».

La razón de esta novedad radica en el deseo de evitar el fraude en materia de acumulaciones, centrando en la Oficina del donante la liquidación de todas las donaciones que otorgue. Pero ya indicábamos antes que, a nuestro juicio, la medida es insuficiente.

Con arreglo al artículo 45 de la L. G. T. se entenderá como domicilio a efectos tributarios: a) para las personas naturales, el de su residencia habitual, y b) para las personas jurídicas, el de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizado su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso se atenderá al lugar en que radiquen dichas gestiones o direcciones.

Como posibles problemas que pueden plantearse, citaremos:

a) Si la donación tiene por objeto bienes muebles que puedan ser objeto de inscripción, como los buques y vehículos de motor, cabe preguntarse si la Oficina competente será aquella en cuyo territorio radique el Registro donde tales bienes deban ser inscritos, tal como ordena la regla 12 del artículo 104 del Reglamento o, por el contrario, deberá prevalecer el domicilio del donante. Entendemos que debe prevalecer este último criterio por su finalidad, que es la de evitar el fraude fiscal, y por ser posterior la norma que lo establece, conforme a la máxima *lex posterior, derogat anterior*.

b) Qué ocurre si los dos donantes son personas jurídicas. Indudablemente el criterio de acudir a la mayoría de edad no nos vale, puesto que las personas jurídicas no tienen edad. Las posibles soluciones a seguir serían:

- considerar competente a la Oficina Liquidadora del partido donde se autorice u otorgue la donación. No nos parece aceptable, ya que no sigue el criterio del domicilio preconizado por el Decreto de 1962;
- acudir al criterio del número 13 del artículo 104, considerando

competente a la Oficina de Madrid. Parece que es el criterio más correcto ante la ausencia de norma legal que resuelva el caso.

Quizá la solución más práctica estaría en acudir a la Oficina del domicilio común, si lo hubiera, y si no, al de considerar competente a la Abogacía del Estado de la Provincia, para evitar una excesiva centralización, que indudablemente sería más molesta que acudir a la capital de provincia.

El mismo problema se plantea en el caso de que no sea posible determinar la edad de uno de los donantes, como ocurre cuando dona la sociedad conyugal que, como tal, carece de edad. En este caso, si ambos cónyuges tuvieran una edad superior a la del otro donante, su domicilio determinará la competencia. Si el codonante tuviera una edad intermedia a la de los cónyuges, no habría más remedio que acudir a las soluciones que preconizábamos anteriormente. Igual ocurrirá si los que donan son dos matrimonios, y sus edades estuviesen mezcladas.

Por último, digamos que con arreglo a la norma décima del artículo 104, si el documento comprendiese una transmisión por causa de muerte, además de la donación, la Oficina competente para aquélla lo sería también para ésta.

EXENCIONES

Se consideran doctrinalmente como actos exentos aquellos que estando sujetos al impuesto se les exonera de la obligación del pago en base a un interés superior al tributario.

En el impuesto que nos ocupa las exenciones están contenidas en el artículo 65 de la Ley, siendo escasísimas las referentes a la donación, lo cual es lógico, ya que la naturaleza del acto es poco propicia para ello.

Además de las exenciones que se establecen en consideración a la persona que ha de pagar el tributo, así como las establecidas por razón de la transmisión, sea ésta onerosa o gratuita, son exenciones específicas de este acto las siguientes:

«Las donaciones a favor de los museos públicos, según la Ley de 13 de mayo de 1933, y las realizadas a favor de las bibliotecas públicas» (número 26).

«Las... cesiones gratuitas de terrenos, así como los de derecho de superficie y de elevación de edificios que se otorguen con la finalidad de construir «viviendas de protección oficial» (núm. 28).

«Las donaciones a favor de entidades públicas o benéficas con destino a la financiación de la construcción de «viviendas de protección

oficial», así como para su adquisición al objeto de cederlas en régimen de arrendamiento» (núm. 30).

En cuanto a la exención que establece el artículo 65.1.15, el TEAC, en su R. de 13 de marzo de 1969, considera que se refiere a las transmisiones que por causa de la disolución de la sociedad de gananciales se hagan los cónyuges, en pago de su haber, que no es otro según el artículo 1.426 del C. C. que la mitad del haber líquido, sin que pueda entenderse que tal porción exenta es la totalidad del haber líquido de la sociedad, cuando uno de los partícipes renuncia, ya que la otra mitad se adquiere, no en pago de su haber, sino por acrecimiento causado por dicha renuncia.

DONACIONES A FAVOR DE LOS CONYUGES

a) *Donaciones por razón de matrimonio*

Nos dice el artículo 1.327 del C. C. que son «donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los esposos».

Este tipo de donaciones tienen una serie de características sustantivas, cuyo denominador común es el que se tiende a facilitarlas. Sin embargo, el legislador fiscal no ha creído oportuno establecer especialidad alguna al respecto, y se limita a decirnos en el artículo 22, 6) del Reglamento que las donaciones por razón de matrimonio hechas por los padres, tributarán como anticipo de legítima, por los tipos señalados en la escala de herencias.

Como cuestión más importante podemos señalar la de si deben liquidarse inmediatamente, dentro del plazo normal o, por el contrario, esperar a la celebración del matrimonio.

La doctrina dominante considera que las donaciones por razón de matrimonio son donaciones sujetas a la condición suspensiva de que el matrimonio llegue a celebrarse y, por consiguiente, de acuerdo con el artículo 7,2) de la Ley, no deberá practicarse la liquidación hasta que el matrimonio se celebre.

Si, por el contrario, estimamos con DE BUEN, en base al artículo 1.333 del C. C., que se trata de una donación sometida a condición resolutoria, para el caso de no llegar a celebrarse el matrimonio, la liquidación se practicará inmediatamente, sin perjuicio de la devolución que proceda, con arreglo al artículo 17.

De estas dos soluciones nos parece más aceptable sustantivamente la

primera, que tiene a su favor fiscalmente la argumentación de que si seguimos la tesis contraria, en caso de donación entre los futuros esposos, habría que aplicarles la Tarifa de extraños, lo cual va en contra de todo el criterio legal de facilitar este tipo de donaciones.

Una vez celebrado el matrimonio estarían exentas las hechas por el marido o mujer al amparo del artículo 65.1.15). Las que realizasen cualquier otra persona tributaria como una donación normal, siempre después que el matrimonio llegue a celebrarse, atendiendo a esta fecha para determinar el valor de los bienes y el tipo aplicable, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley, y 57,6) del Reglamento. La liquidación se practicará aunque no conste la aceptación, de acuerdo con la doctrina legal del artículo 1.330 del C. C.

DOTE

El C. C. nos dice en el artículo 1.336 que «la dote se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante él adquiera por donación, herencia o legado con el carácter dotal».

El régimen fiscal viene determinado por el artículo 30 del Reglamento, según el cual las dotes, tanto necesarias como voluntarias, se considerarán donaciones a los efectos del impuesto, agregando a continuación que si la dote se constituye abonando una renta anual, servirá de base el capital si se hubiese declarado y fuese igual o mayor que la capitalización de la renta anual al 4 por 100. Por último establece este artículo que al colacionarse la donación o dote, no se exigirá el impuesto por herencia, si se justifica haberlo pagado por donación, lo que, en definitiva, no es sino aplicar el postulado fiscal de que a una convención sólo puede exigirse el pago de un impuesto.

Como problemas a examinar destacamos:

a) *Dote constituida por la mujer.*—Sea cual fuere el tipo de dote estará exenta al amparo del artículo 65.1.15), quedando, por tanto, derogada toda la legislación que contenía el Reglamento, según la cual se sometía la dote estimada al tipo del 0,5 por 100, mientras se declaraba exenta la aportación en concepto de dote inestimada.

b) *Dote constituida por el marido.*—Como por imperativo legal (artículo 1.338, 2.º) el marido sólo puede constituir dote antes del matrimonio, es decir, cuando todavía no es tal marido, quiérese decir que se plantean los mismos problemas que veíamos anteriormente para las do-

naciones por razón de matrimonio, cuyas soluciones damos aquí por reproducidas.

c) *Dote constituida por terceros*.—Si se trata de dote inestimada se liquida como una donación normal. Pero si la dote es estimada cabe preguntarse por la naturaleza de este acto. Con arreglo a la doctrina dominante, aquí hay dos actos, uno de donación a la mujer y otro de aportación por ésta. El tratamiento fiscal sería someter a tributación el primero, teniendo en cuenta el parentesco entre dotante y dotada, mientras se declaraba exento el segundo. Si, por el contrario, seguimos la teoría del acto trilateral, defendida entre nosotros por LACRUZ, la liquidación se haría por el parentesco entre el dotante y el marido, que adquiere la propiedad de los bienes, puesto que el constituyente contrata con cada uno de los cónyuges, pero no éstos entre sí. La diferencia cuantitativa entre uno y otro caso puede ser importante.

DONACION DE BIENES DEL MATRIMONIO. DONACION DE GANANCIALES

A) *Régimen normal*

Sin que exista un precepto específico paralelo al que para la disposición a título oneroso establece el artículo 1.413 C. C., de la combinación entre los artículos 1.409, 1.415 y 1.416, resulta, y es opinión común, que la disposición a título lucrativo ha de realizarse conjuntamente por marido y mujer, o como dice el artículo 1.409 «por ambos cónyuges de común acuerdo».

Esto plantea, desde el punto de vista fiscal, dos problemas fundamentales:

a) Si al donar bienes gananciales la sociedad conyugal deben liquidarse dos donaciones, una por lo donado por el marido y otra por lo de la mujer, con la consiguiente partición de la base y reducción del tipo o, por el contrario, se considerará una sola donación.

El T. E. A. C., en diversas resoluciones, entre ellas las de 17-I y 21-II-1950; 13-I y 17-II-1959; 27-II y 6-III-1964, considera que debe practicarse una sola donación.

El argumento fundamental que utiliza el TEAC es el de la naturaleza de la sociedad de gananciales. Textualmente dice en uno de los considerandos de la R. 27-II-64, que «no cabe admitir que uno y otro cónyuge tienen respecto a los bienes gananciales un derecho expectante a

su mitad respectiva y de aquí deben considerarse dos patrimonios diferentes (se refiere al ganancial y al parafernial) también en este caso, pues tal concepción pugna con la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, cuyos caracteres si bien discutidos por la doctrina parecen ser los de comunidad germánica y no romana». Añadiendo a continuación, de acuerdo con la doctrina de la D. G. de Registros que, como consecuencia, ni hay atribución de cuotas entre los cónyuges, ni acción de división de cosa común, y termina por citar en su apoyo al artículo 95 R. H. En consecuencia, estima el Tribunal que en caso de donación de bienes gananciales deberá practicarse una sola liquidación y no dos.

Esta postura ya le causó extrañeza a RODRÍGUEZ-VILLAAMIL, al comentarla en la RCDI, pero sólo en cuanto que, como consecuencia de ella, no se producía la acumulación entre donaciones, sin que el comentarista se planteara expresamente el problema que analizamos.

Nosotros consideramos que tal postura no es correcta, por las razones siguientes:

- que las donaciones se liquidan en consideración a las personas de donante y donatario y que, por consiguiente, el mantener la unidad de donante en el caso de la sociedad conyugal es tanto como atribuirle una personalidad jurídica, de la que indudablemente carece;
- que el hecho de que no haya atribución de cuotas, ni acción de división de cosa común, no quiere decir que la base liquidable que representen los bienes gananciales sea indivisible, lo cual no hay un solo precepto de índole fiscal que lo establezca;
- que admitir la postura del TEAC supone meternos en un callejón sin salida en el caso de que la donación se haga a persona que tenga parentesco distinto con cada cónyuge. Piénsese en la donación hecha por ambos cónyuges de un bien ganancial al hijo legítimo de uno sólo de ellos (no examinamos el problema sustantivo muy interesante que aquí se plantea en relación con el artículo 1.335 C. C.). Si seguimos al Tribunal Central tendríamos que optar entre aplicar la Tarifa 1 ó 2, sin que sea cual fuere la solución que adoptemos, haya ningún precepto legal que nos apoye. Problema similar si la donación se hace a ascendiente legítimo de uno de los cónyuges, al hermano, etc.;
- porque tampoco podrían aplicarse preceptos fiscales de indudable importancia, como son los que imponen la acumulación, no pudiéndose acumular en una donación de bienes privativos, parafernales y gananciales, estos últimos a los primeros, sin que haya precepto que lo exceptúe ni razón que lo aconseje;

- que aún desde el punto de vista estrictamente recaudatorio no puede considerarse que el Fisco se perjudique, ya que si bien al partir la base se disminuye el tipo, esta disminución queda compensada con la procedente acumulación, ya sea sólo de donaciones, ya sea con la del caudal hereditario, en su caso;
- en consecuencia, al no existir ningún precepto fiscal que establezca un carácter especial para la donación de bienes gananciales, y al chocar esta postura con preceptos fiscales importantísimos, como los que determinan el tipo y los que ordenan acumulaciones, estimamos rechazable la postura mantenida por nuestro TEAC, máxime cuando ésta sólo se basa en el carácter germánico de la sociedad de gananciales, lo cual llevaría a que tampoco es divisible la donación de la comunidad hereditaria, hecha por todos los comuneros, al menos si se mantiene la postura de que dicha comunidad es de tipo germánico, sobre lo cual no está muy de acuerdo la doctrina.

b) El segundo problema que se plantea es el de si la donación de bienes gananciales debe tenerse en cuenta a efectos de acumulación a otras donaciones de bienes de propios del marido o de la mujer.

La solución a este problema está predeterminada por la postura que hayamos adoptado en la cuestión anterior. Si practicamos una sola liquidación es evidente que no se podrá acumular a la de otros bienes privativos, mientras que si practicamos dos, sí.

El TEAC estimó, en las resoluciones antes citadas, que no procedía la acumulación. Pero hay que tener en cuenta que ésta fue una postura general adoptada antes de la publicación de la Ley de 1961, y que se aplicaba a todo tipo de donaciones y no sólo al de gananciales. Probablemente fue este criterio el que impulsó al legislador a dictar dicha ley, ante el grave perjuicio que se ocasionaba a la Hacienda con el fraccionamiento de las donaciones.

En consecuencia, al haber desautorizado el legislador la postura del TEAC, no hay ninguna razón para que dichas acumulaciones no se apliquen a los gananciales, todo ello en base a los argumentos utilizados anteriormente y, por consiguiente, que al verificarse la donación de bienes gananciales, la mitad de su base debe acumularse a posibles donaciones del marido (o a su caudal hereditario) y la otra mitad a las de la mujer.

B) *Régimen excepcional*

El artículo 1.409 del C. C. permite al marido, por sí solo, donar bienes gananciales a los hijos comunes, para su colocación o carrera, y el 1.415 hacer donaciones moderadas para objetos de piedad o beneficencia, pero sin reservarse el usufructo.

En estos casos puede plantearse con más intensidad el problema de si practicará una sola liquidación o dos, al ser el donante una sola persona.

Creemos que el régimen fiscal de la donación debe determinarlo la titularidad de los bienes, y esta titularidad corresponde a ambos cónyuges. Es decir, que cuando el legislador fiscal se refiere al donante, entendemos que indica al titular de los bienes donados y no al que ejerce sobre ellos una facultad dispositiva que excepcionalmente le confiere la Ley.

Como consecuencia, también procederá la acumulación a otras posibles donaciones de marido o mujer (o a sus respectivos caudales relictos).

DONACION DE BIENES PRIVATIVOS

Las donaciones que los cónyuges hagan de sus bienes privativos es indudable que están sujetas al impuesto y que, en principio, su régimen no ofrece especialidad alguna además de las estudiadas.

Como problema específico cabe preguntarse si se acumularán las donaciones que hiciese la mujer de sus bienes parafernales y dotales inestimados, así como las que hiciese el marido de sus bienes privativos y de los dotales estimados.

Si seguimos la teoría del TEAC de diferenciar la masa patrimonial de donde proceden, la solución sería negativa. Pero entendemos que la Ley de 1961 determina la acumulación de donaciones siempre que se dé identidad de donante y donatario, y que el hecho de que los bienes procedan de una u otra masa patrimonial es indiferente, ya que donde el legislador no distingue no debemos distinguir nosotros.

RENUNCIA A LOS GANANCIALES

La renuncia a los gananciales es una cuestión que ha provocado últimamente una abundante literatura jurídica. Entre otros, se han ocupado de esta materia, en el ámbito civil estricto, BAS Y RIVAS, ESCRIVÁ

DE ROMANÍ, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, CASTÁN, GONZÁLEZ PALOMINO y ROCA SASTRE. En el ámbito fiscal, MENÉNDEZ, RUIZ ARTACHO y TIRSO CARRETERO.

Históricamente, la posibilidad de renuncia a la sociedad de gananciales arranca de la Ley 60 de Toro, según la cual, «cuando la mujer renunciare a las ganancias no sea obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio».

En el Derecho actual, el problema se plantea en la distinción entre renuncia a «la sociedad de gananciales» y renuncia a los gananciales obtenidos, es decir, a las consecuencias y efectos de la sociedad de gananciales.

Nosotros, en contra de las posiciones más avanzadas, entendemos con la doctrina tradicional que únicamente puede renunciarse a los gananciales obtenidos, y que la renuncia al «régimen» sólo es posible o bien antes de contraer matrimonio, mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, lo que fiscalmente es acto no sujeto, o bien en caso de disolución, al amparo del artículo 1.364, respecto a la mujer o sus herederos, o en los supuestos del 1.433 (interdicción civil, ausencia o causa de separación).

Pero desde el punto de vista fiscal, la primera es una renuncia de derecho patrimonial, y la segunda, de carácter familiar. Este acrecimiento, en contra de la opinión de GONZÁLEZ PALOMINO, ha sido sancionado por la Resolución de 2 de octubre de 1960, según la cual, «en los casos de coparticipación de dos o más sujetos en un mismo derecho, la renuncia abdicativa, es decir, la hecha pura y simplemente, no provoca la extinción, sino el acrecimiento de la porción renunciada a los demás titulares». A mi modo de ver, esta Resolución deja zanjada la cuestión desde el punto de vista sustantivo.

Fiscalmente, la Ley del Impuesto no contiene ni un solo precepto dedicado a la materia. El Reglamento de 1959 regula esta cuestión en el artículo 22, 8 y 9, con bastantes claros, ya que sólo se refiere a la disolución por fallecimiento, olvidándose de que existen otras causas, y prevé expresamente sólo la renuncia por el cónyuge sobreviviente, olvidando que también pueden renunciar los herederos del premuerto (art. 1.418, 1, del Código Civil).

Como problema previo estimamos debe plantearse el de si esta renuncia, sea cual fuere el renunciante, es de tipo preventivo o abdicativo, puesto que, de acuerdo con las ideas generales que sobre la renuncia exponíamos anteriormente, si la renuncia fuese preventiva, el acto sería no sujeto, mientras que al ser abdicativa, lo sujetaríamos al impuesto.

TIRSO opina que fiscalmente las renunciaciones deben considerarse tras-

lativas o *infavoren*, salvo cuando el bien renunciado quede *nullius* o, al menos, el renunciante no tenga medio de saber quién ha de ser favorecido por la renuncia. La renuncia hecha simple y gratuitamente a los gananciales por el cónyuge *supérstite*, en tiempo hábil y escritura pública, entiende dicho autor que es una renuncia preventiva y, por tanto, fiscalmente no hay adjudicación por gananciales, por lo que aunque el Reglamento no lo diga, el acto es no sujeto y hay que acumular las dos mitades gananciales en la herencia del premuerto, engrosando así las bases liquidables de sus herederos. Como luego veremos, eso es lo discutido.

Si la renuncia a los gananciales se hace por los herederos del premuerto, BAS Y RIVAS dice que es un acto traslativo. RUIZ ARTACHO cree que tal renuncia es no sujeta, bastando con que se pague por adjudicación, concepto que hoy está exento, aunque considera disculpable que algún liquidador aplique el tipo de herencia que correspondería al parentesco de los herederos renunciantes. TIRSO considera que ésta es la solución más ilógica, puesto que además de la liquidación por herencia a cargo de los renunciantes, habría que pagar otra por donación del renunciante al cónyuge sobreviviente. Sin embargo, esta solución es, como luego veremos, la que recoge el Tribunal Supremo.

A nuestro modo de ver, la renuncia a los gananciales es siempre una renuncia abdicativa. Efectivamente, si la renuncia procede de uno cualquiera de los cónyuges, es evidente que el derecho que renuncian estaba en su patrimonio, puesto que no es admisible el que los cónyuges sólo tengan sobre los bienes gananciales una mera expectativa, que se haría efectiva al tiempo de la liquidación de la sociedad, sino que tienen un derecho inmediato sobre los bienes gananciales. Es decir, los cónyuges son cotitulares plenos e inmediatos de los bienes gananciales. La misma postura hay que mantener respecto a los herederos, puesto que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1968 ordena que para que los herederos puedan renunciar a los gananciales es preciso que primero hayan aceptado la herencia colocándose, por tanto, en la misma posición jurídica que tenía su causante. La Resolución de 1960 habla claramente de renuncia abdicativa.

Si, por consiguiente, mediante la renuncia se produce un movimiento económico-patrimonial del renunciante al beneficiario, el cual no realiza contraprestación alguna, nos parece indudable que la adquisición del beneficiario es a título lucrativo y que en tal concepto quedará sujeta al impuesto, teniendo en cuenta el parentesco entre renunciante y beneficiario. En resumen, que los efectos fiscales deben ser los mismos que veíamos anteriormente en el caso de renuncia al condominio ordinario,

puesto que idénticas son las causas que provocan la transmisión: un acto voluntario (la renuncia) y un juego institucional (el acrecimiento, ocupación o accesión, según autores).

MENÉNDEZ comparte esta idea, como lo demuestra el que en su trabajo publicado en la RCDI, 1958, considere que si el cónyuge sobreviviente renuncia a los gananciales, éstos—dice—los adquieren los herederos del premuerto *como provenientes del renunciante* y no del premuerto y, por consiguiente, el tipo debía aplicarse teniendo en cuenta el parentesco entre renunciante y favorecido y no entre premuerto y favorecido.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1968 nos dice que si renuncian a los gananciales los herederos del premuerto, como los gananciales forman en su mitad parte de la herencia y ésta, conforme al artículo 990 del Código Civil, sólo puede aceptarse o repudiarse de modo total, no cabe acudir a una fórmula en que, por un lado, se acepta la herencia y, por otro, se repudian los gananciales, con la consecuencia en este caso de una adjudicación total a favor del cónyuge supérstite de todo el caudal, incumpliendo obligaciones fiscales incluíbles. En consecuencia, la renuncia hecha por tercera persona, no puede merecer, en el aspecto fiscal, otra consideración que la de una donación.

A nuestro modo de ver, hay que matizar en esta sentencia distintos aspectos:

- La consecuencia a que llega el Tribunal Supremo de que la renuncia a los gananciales hecha por terceras personas debe reputarse, a efectos fiscales, como donación (o, si se quiere, como transmisión lucrativa), lo cual nos parece correcto y viene a reforzar la tesis que venimos manteniendo.
- El camino por el que el Tribunal Supremo llega a esta conclusión, afirmando que no cabe acudir a una fórmula en que, por un lado, se acepta la herencia y, por otro, se repudian los gananciales, lo cual es erróneo, ya que claramente se deduce esta posibilidad del artículo 1.418, 1, del Código Civil.
- La afirmación de que si la renuncia se hace por el cónyuge sobreviviente (renuncia admitida fiscalmente por el art. 22, 8, R. D. R.) no queda sujeta al impuesto. A nuestro modo de ver, aquí vuelve a equivocarse el Tribunal Supremo, puesto que del citado artículo lo único que se deduce es que si el cónyuge sobreviviente renuncia simple y gratuitamente, en tiempo hábil y por escritura pública, a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales, no se entenderá realizada a su favor adjudicación alguna en concepto de pago por sus gananciales y, en

consecuencia, no se liquidará *por el concepto de adjudicación*, que en el Reglamento tributaba al 0,75 por 100 y que en el Derecho actual está exento, pero que no toca para nada el problema de si tal renuncia deberá liquidarse *por el concepto de donación*, como nosotros venimos afirmando. Hay que tener en cuenta, además, que conforme al artículo 181 L. R. T., el Reglamento de 1952 ha quedado derogado respecto a actos sujetos, exentos o bonificados.

Creemos que la solución no ofrece dudas. Si la renuncia a los gananciales hecha por tercera persona es donación, como acertadamente dice el Tribunal Supremo, la que haga uno de los cónyuges merecerá la misma calificación, puesto que tiene idéntica naturaleza.

En base a todo lo dicho anteriormente llegamos a las siguientes conclusiones:

1. Si la disolución de la sociedad de gananciales tuviera como motivo una causa distinta a la del fallecimiento de uno de los cónyuges, caso de que alguno renunciase a los gananciales debería girársele al otro una liquidación por adquisición lucrativa por el número 1 de la tarifa.
2. Si la disolución es por fallecimiento, en caso de que la renuncia la hicieran los herederos del premuerto se liquidará por donación, teniendo en cuenta el parentesco entre los herederos y el cónyuge sobreviviente beneficiario. Es el supuesto de la sentencia que analizábamos.
3. Si la renuncia la hiciera el cónyuge sobreviviente deberán practicarse a cargo de los herederos del premuerto dos liquidaciones: una, por herencia, teniendo en cuenta su parentesco con el premuerto, y otra, por donación, teniendo en cuenta el parentesco con el renunciante. Sin embargo, en la práctica de las Oficinas Liquidadoras se gira una sola liquidación por herencia teniendo en cuenta el parentesco entre los herederos y el premuerto, quizá porque ello sea más beneficioso para la Hacienda, pero sin que, a nuestro juicio, exista razón legal alguna para ello.

La resolución del T. E. A. C. de 1 de febrero de 1949 llega a la conclusión de que si el cónyuge viudo renuncia a su cuota, los bienes pasan de derecho al patrimonio del causante, de quien lo reciben los herederos, siendo, por tanto, improcedente girar liquidaciones a cargo

de éstos por donación del cónyuge viudo. A mi modo de ver, esta resolución contiene una doctrina contraria a la de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1968. En efecto, con arreglo a esta última, si renuncian los herederos a los gananciales, debe girarse una liquidación al cónyuge viudo por donación. Por el contrario, si el que renuncia es el cónyuge viudo, no se liquida a los herederos por donación, según la Resolución citada, corroborada por la práctica.

Cabe preguntarse, ¿qué diferencia jurídica existe entre una y otra renuncia para someterlas a un tratamiento fiscal distinto? Ninguna, como lo demuestra la propia Resolución que citamos, cuando dice, en su conclusión segunda, «que en el propio caso de *renuncia abdicativa* de los gananciales, los bienes renunciados serán adquiridos, según los casos, por los herederos testamentarios o abintestato del causante».

Creo que después de estas afirmaciones no cabe duda de que en caso de renuncia por el cónyuge sobreviviente a los gananciales debe girarse una liquidación por donación a cargo de los herederos, por las razones que expusimos anteriormente y que se deducen de la Resolución citada, aunque ésta saque conclusiones opuestas:

1. La renuncia a los gananciales por el cónyuge sobreviviente es una *renuncia abdicativa*, es decir, se trata, por definición, de la renuncia a un derecho que estaba en el patrimonio del renunciante.
2. Como consecuencia, los bienes pasan a los herederos, luego existe un movimiento económico del patrimonio del renunciante al del beneficiario, movimiento que al ser producido por un acto jurídico (la renuncia) quedará sujeto al impuesto, a tenor del número 1 del artículo 54 de la Ley.

(BONFANTE considera que el *in adcrecendi* produce una adquisición de derecho de otro y no una simple ampliación del propio).

SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO DE VALLADOLID-SALAMANCA

Ponente: MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA

Registrador de la Propiedad

Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra

SUMARIO: I. *Advertencia preliminar.*—II. *Planteamiento general:* Sanción de nulidad. Naturaleza de la nulidad. Su carácter exagerado.—III. *Planteamiento inmobiliario:* Ventas otorgadas por el quebrado en favor de un primer adquirente. a) Entre los momentos 1 y 2. b) Entre los momentos 2 y 3. c) Entre los momentos 3 y 4. Ventas otorgadas por el primer adquirente en favor de un segundo adquirente.—IV. *Posición de la jurisprudencia.*—V. *Conclusión.*—VI. *Epílogo:* Ventas efectuadas antes del momento 1. Ventas efectuadas entre los momentos 4 y 5. Ventas presentadas en el Registro después del momento 5.

I. ADVERTENCIA PRELIMINAR

Para un claro planteamiento de los problemas que voy a examinar ante ustedes conviene recordar que una vez declarada judicialmente la quiebra de un comerciante, todas sus posibles actuaciones pueden clasificarse, desde un punto de vista cronológico, de acuerdo con el siguiente esquema:

tiempo "sospechoso" arts. 879 y 880 C. de C. arts. 881 y 882 C. de C.	tiempo "inhábil" art. 878, seg. C. de C.			tiempo "posterior" art. 878, prim. C. de C.	
	1	2	3	4	5
	fecha a la que se retrotraen los efectos de la declaración	fecha de la demanda	fecha de la anotación preventiva	fecha de la declaración	fecha de la inscripción

Y como los problemas que suscitan los actos dispositivos del quebrado, en relación con los principios que informan nuestra Legislación Hipotecaria, donde se plantean con mayor agudeza es en ese período o zona intermedia comprendida entre las fechas de la retroacción y de la declaración—ese período llamado tiempo «inhábil» por el artículo 1.366 de la LEC, o *proximum tempus decoctionis*, por los tratadistas—, es ahí donde concentraré mi análisis, no haciendo al final de él más que ligeras alusiones a las otras dos zonas situadas en sus márgenes.

Quiero advertir que aunque me detendré en el estudio de las transmisiones de inmuebles, todo lo que diga de ellas es aplicable a las constituciones de gravámenes; que dentro de las transmisiones sólo examinaré las que se hagan a título oneroso, ya que en las hechas por título lucrativo no entra en juego la protección derivada del principio de fe pública registral, y advierto también, por último, que con el fin de simplificar el lenguaje y hacer más clara mi exposición utilizaré solamente los términos de «ventas», «compradores» y «vendedores», pues aunque la compraventa no sea la única forma de transmitir a título oneroso, sí es la más típica y frecuente.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL

Comencemos por considerar el tratamiento jurídico de los contratos, en general, otorgados por el quebrado—más exactamente, el futuro quebrado—, dentro de ese llamado tiempo «inhábil» comprendido entre la fecha en que la quiebra es declarada judicialmente y aquella otra a la que se retrotraen los efectos de tal declaración, es decir, entre los momentos señalados en el cuadro con los números 1 y 4.

Según el artículo 878, seg. Cdec., estos contratos son nulos, pues, refiriéndose al quebrado, dice que «todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos».

La razón legal de esta sanción es clara. «La experiencia de todos los tiempos—dice GARRIGUES (1)—enseña que... a la declaración judicial suele preceder una época de desarreglo económico, en la que el deudor, viendo ya próxima la quiebra... intenta salvar algunos bienes para él y su familia por el procedimiento de supuestas enajenaciones a personas de confianza... Contra los actos del deudor en ese período *proximum tempus decoctionis* han reaccionado todos los ordenamientos legales, desde el Derecho romano hasta nuestros días, mediante un sistema de

(1) *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1943, págs. 449 y sigs.

acciones restitutorias, que con diferentes grados de energía tiende, en definitiva, a la reintegración de la masa de la quiebra al estado que legalmente tenía cuando comenzó la cesación de pagos.»

Son los Síndicos quienes tienen personalidad para pedir al Juez que, a través de la oportuna información probatoria, fije la fecha a partir de la cual comenzó ese tiempo «inhábil» (2), fijación que hará por medio de providencia (3).

Ahora bien, ¿de qué naturaleza es esa nulidad, que afecta a todos los actos de dominio y administración otorgados por el quebrado con posterioridad a dicha fecha? Creo que es ocioso tratar de encajarla dentro de uno cualquiera de los tipos que se estudian en Derecho civil a propósito de la ineficacia de los contratos. En primer lugar, porque dentro de esos actos habrá muchos que no tengan carácter contractual. Y, en segundo lugar, porque, ciñéndonos a los contratos, no es posible afirmar que todo contrato otorgado en tiempo «inhábil» sea inexistente por faltarle el requisito esencial del consentimiento (exigido por el artículo 1.261, 1.º, del Código Civil), pues bien puede ocurrir que entre las ventas simuladas haya alguna real y efectiva; ni que todos deban rescindirse por haberse otorgado en fraude de acreedores (art. 1.291, 3.º, del Código Civil), pues a los supuestos de fraude se refieren otros artículos del Cdec. (arts. 880 y 881), que contemplan el tiempo «sospechoso» y no el tiempo «inhábil», que es el objeto de mi estudio; ni que sean anulables (arts. 1.300 y sigs. del Código Civil), pues los contratos anulables son susceptibles de confirmación y de prescripción sanatoria y una vez declarada su nulidad obligan a una recíproca restitución (artículo 1.303 del Código Civil), características que no se dan en la nulidad que analizamos (4).

Por todo ello es más adecuado entender que la nulidad que afecta a todos los actos y contratos otorgados por el futuro quebrado entre los momentos 1 y 4 es una nulidad impuesta por la Ley «en interés de la quiebra, para evitar el injusto desmoronamiento de la masa de la misma en el *proximum tempus decoctionis*... (a fin de mantener) el patrimonio del quebrado intangible para éste a partir de la fecha de la retroacción» (5). Y por tratarse de una nulidad *ipse legis potestate et auctoritate*, decretada para defender un interés general, tal nulidad es independiente de que en el contrato se hayan dado o no los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, o de que haya o no habido lesión para los acreedores (que bien pudo no haberla en el caso, no probable, pero

(2) Tribunal Supremo, sentencia de 16 de febrero de 1933.

(3) Tribunal Supremo, sentencia de 7 de marzo de 1931.

(4) Tribunal Supremo, sentencia de 14 de diciembre de 1960.

(5) Tribunal Supremo, sentencia de 17 de marzo de 1958.

sí posible, de que el quebrado hubiera invertido el precio de la venta o el importe del préstamo hipotecario en la adquisición de valores que existan en su patrimonio al tiempo de procederse a la ocupación de sus bienes); independiente, en fin, de que el contrato adolezca o no de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley (art. 1.300 del Código Civil). Nulidad, por tanto, de origen legal y—como dice GARRIGUES—«absoluta, tanto desde el punto de vista subjetivo (nulidad frente a todos y no sólo frente a los acreedores) como objetivo (la nulidad afecta a todos los actos de dominio y administración del deudor y no sólo a aquellos que produzcan una disminución del activo o un aumento del pasivo)» (6).

Tal especie de nulidad encuentra su encaje en el artículo 4 del Código Civil, según el cual «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez». Pues si el artículo 878 prim. Cdec. prohíbe al quebrado, una vez declarada su quiebra, efectuar ningún acto relativo a la administración de sus bienes—ni, con mayor razón, actos de disposición—, toda actuación que contravenga esta norma legal prohibitiva es nula. Y si a la declaración de la quiebra y consiguiente prohibición se le da un alcance retroactivo por virtud de otros textos legales (arts. 1.366 y sigs. de la LEC y art. 878 seg. Cdec.), es claro que todos los actos y contratos otorgados por el quebrado con posterioridad a la fecha de la retroacción están incursos en el mismo tipo de nulidad—haber infringido una prohibición impuesta por la Ley—. Esta tesis puede apoyarse en varias sentencias del Tribunal Supremo (7), en las que se dice que tales actos son nulos «por haberse celebrado contrariando una prescripción legal», «porque contravienen la voluntad del legislador», «por contravenir el precepto prohibitivo del artículo 878 Cdec.»..., etc. Al fin y al cabo, esto mismo es lo que está escrito en el artículo 1.375 de la LEC cuando, al referirse a estos casos, habla de «contratos que hayan quedado ineficaces de derecho en virtud de las disposiciones del artículo 1.039 Cdec.» (se refiere al antiguo).

Y como esta sanción legal está inspirada en la defensa de los acreedores, su efecto característico consiste en que éstos podrán exigir que se reintegren a la masa los bienes vendidos por el quebrado durante ese tiempo «inhábil», sin tener que devolver al comprador el precio que pagó por ellos (8). Pues, en cuanto a su indiscutible derecho a recuperar

(6) GARRIGUES, *loc. cit.*, pág. 450.

(7) 19 de abril de 1919, 15 de noviembre de 1928, 7 de marzo de 1931, 9 de junio de 1932, 4 de enero de 1947, 29 de octubre de 1962 ..., etc.

(8) Tribunal Supremo, sentencia de 14 de diciembre de 1960.

ese precio, el comprador pasará a ser un acreedor más de la masa, situado en el lugar que le corresponda.

Ahora bien, ¿puede sostenerse que esta nulidad radical y absoluta afecta a todos los actos del quebrado posteriores a la época de la retroacción? Esto es lo que dice el artículo 878 seg. Cdec., pero admitirlo plenamente, sin salvedades, es algo que—por imposible, por absurdo, por injusto—nunca se ha pretendido por nadie. Para verlo con claridad citaré ampliamente unos párrafos del tratado sobre *La quiebra*, de RAMÍREZ (9). Dice este especialista: «Supongamos que A, fabricante de tejidos, es declarado en quiebra el 31 de diciembre de 1954, y que los efectos de la misma se retrotraigan al 31 de diciembre de 1952. Entre el 31 de diciembre de 1952 y el 31 de diciembre de 1954, A, como cualquier otro fabricante de tejidos, ha adquirido materias primas, las ha transformado en sus telares valiéndose de personal obrero, al que ha ido pagando los jornales, y las ha vendido cobrando el precio. No ha sido una, sino muchas, las veces que tales operaciones se han realizado. Y, naturalmente, con el producto de la venta de los géneros elaborados, A ha pagado, a más de los jornales, suministros de luz y fuerza, contribuciones, arbitrios, subsidios laborales, alquileres..., etc. Más aún, durante el propio período, A ha atendido a sus necesidades personales y familiares; ha adquirido y consumido alimentos y vestidos; ha frecuentado espectáculos y hoteles; ha comprado libros, coches, fincas...; ha hecho viajes..., etc. ¿Puede admitirse que todos los referidos actos de administración y dominio son nulos? A tenor del texto claro y categórico del artículo 878 Cdec. no cabe duda: son nulos de pleno derecho. Pero ¿habrá alguien que se atreva a defender que el dinero que se pagó por alimentos, vestidos, viajes, espectáculos, contribuciones, jornales, materias primas..., etc., ha de volver a la quiebra para engrosar la masa activa o patrimonial de la misma? ¿Se atrevería alguien a sostener que los géneros vendidos por A en tal período y cuyo precio percibió han de volver a la quiebra? El problema es, desde luego, complicado y justifica el que algún autor (10) se rebele contra lo que supone un absurdo y patrocine la idea de que el artículo 878 Cdec. no contiene más que una declaración de principio, sin otra trascendencia y alcance que el desarrollo dado a tal principio en los siguientes artículos 879 a 882 del propio Código.»

Pero hay que subrayar aún más el carácter exagerado de esta nulidad aplicada indiscriminadamente a todos los actos y contratos del quebrado posteriores a la fecha de la retroacción. Pensemos que en nuestro actual

(9) RAMÍREZ: *La quiebra*, Bosch. 1959, tomo II, págs. 418 y sigs.

(10) Se refiere a VICENTE Y GELLA.

ordenamiento jurídico, por imperativo de los artículos 3 de la LSA y también 3 de la LSRL, toda sociedad anónima y toda sociedad de responsabilidad limitada, sea cual fuere su objeto, tiene la consideración legal de comerciante y, consiguientemente, les son aplicables, llegado el caso, los preceptos que comentamos del Cdec. referentes a las quiebras y, más en concreto, a sus efectos retroactivos. Y pregunto: ¿es que si una sociedad cuyo objeto social—que constará en sus estatutos y en la inscripción de los mismos en el Registro Mercantil—sea la construcción y venta de viviendas; que compra solares; que contrata con suministradores de hormigón, con especialistas en estructuras metálicas, con fabricantes de ascensores y de calefacciones, con fontaneros, con arquitectos, con carpinteros y ebanistas...; que tiene todo un sistema orgánico de empleados y obreros; que toma dinero a préstamo con garantía hipotecaria o de otro tipo; que vende los pisos terminados o en construcción..., es que si esa sociedad es declarada en quiebra puede pretenderse que todos sus actos de dominio y administración posteriores a la fecha señalada para la retroacción sean nulos? ¿Puede pretenderse seriamente que los jornales pagados a sus obreros *proximum tempus decoctionis* deban ser devueltos por éstos?, ¿o que los arquitectos devuelvan sus honorarios?, ¿o que la Seguridad Social devuelva las cuotas que ingresó en ese período?, ¿o que todos los proveedores devuelvan el precio que cobraron por sus suministros? Conviene que retengamos estas interrogantes para replantearlas más adelante. Y ahora prosigamos nuestro análisis.

III. PLANTEAMIENTO INMOBILIARIO

Una vez puntualizada la naturaleza y efectos de esa nulidad pasemos al planteamiento específico objeto de esta ponencia, esto es, a la hipótesis de que el quebrado (a quien en lo sucesivo llamaremos «A»), titular registral de una finca, haya otorgado una escritura pública de venta de esa misma finca en favor de un adquirente comprador (a quien en lo sucesivo llamaremos «B») dentro de ese tiempo a que se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra. Y supongamos que esa escritura pública de venta se inscribe en el Registro de la Propiedad haciendo constar el dominio de «B» sobre la finca por él comprada.

Pero antes de seguir adelante precisemos que los casos en que puede encontrarse esa venta, según el momento en que se haya efectuado e inscrito, son estos tres: a) venta efectuada e inscrita después de la fecha de la retroacción y antes de la fecha en que ha sido presentada y admitida la demanda solicitando del Juez competente la declaración del estado

de quiebra de «A» (es decir, entre los momentos señalados con los números 1 y 2 en el cuadro propuesto al comienzo de este trabajo); *b*) venta efectuada e inscrita después de la fecha de admisión de la demanda y antes de la fecha en que esta demanda sea anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad (es decir, entre los momentos señalados con los números 2 y 3); *c*) venta efectuada e inscrita después de la fecha de la anotación preventiva y antes de la fecha en que el estado de quiebra de «A» es declarado judicialmente (es decir, entre los momentos 3 y 4).

Caso a) Venta «A»-«B» efectuada e inscrita entre los momentos 1 y 2

Como la pregunta decisiva que vamos a hacernos es si «B» puede invocar en su favor los efectos protectores del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, hemos de dar por supuesto que se dan todos los requisitos exigidos por dicho artículo (si falta uno solo de tales requisitos no tendría sentido la pregunta). Por tanto, damos por supuesto que «B» adquiere de un titular registral («A» tiene la finca inscrita a su nombre); que adquiere por título oneroso (el título «A»-«B» es una venta); que inscribe su adquisición (que «B» sucede a «A» en la titularidad registral de la finca), y, finalmente, que «B» adquiere de buena fe. Y contamos también—para completar la hipótesis de aplicabilidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria—con que luego de inscrita la finca a favor de «B», y por efecto de la fuerza retroactiva de la declaración judicial de la quiebra, el derecho del otorgante «A»—o, más exactamente, sus facultades de disposición—se anulan o resuelven por virtud de una causa que no constaba en el Registro. Y, en consecuencia, se declara la nulidad de la venta «A»-«B».

Las consecuencias normales de esta nulidad son dos. En primer lugar, que la venta «A»-«B», declarada nula, sigue siendo nula no obstante su inscripción en el Registro de la Propiedad. «La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes», dice el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Y, en segundo lugar, que como nuestro ordenamiento jurídico sigue la técnica del título y el modo en materia de transmisiones (art. 609 del Código Civil), si el contrato «A»-«B» es declarado radical y absolutamente nulo fallará por su base el primero de esos dos sumandos necesarios para transmitir el dominio, y, consiguientemente, aunque el Registro proclame la titularidad de «B», en la realidad jurídica extrarregistral, el verdadero dueño es «A».

Esta situación de inexactitud registral es definida por el artículo 39 de la Ley Hipotecaria, según el cual, «por inexactitud del Registro se

entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral». Y el caso particular que analizamos está previsto en el artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria, al hablar de la inexactitud que procediere de nulidad del título que hubiere motivado el asiento. Tal inexactitud deberá ser rectificadora mediante la cancelación de la inscripción a favor de «B» (art. 79, 3, de la Ley Hipotecaria). Practicada esta cancelación, la inscripción anterior a favor de «A» vuelve a adquirir vigencia y el Registro queda puesto de acuerdo con la realidad jurídica extrarregistral.

Ahora bien, ¿podrá «B» evitar estas consecuencias desfavorables para él invocando la protección de la fe pública registral y pidiendo ser «mantenido en su adquisición», como dice el artículo 34 de la Ley Hipotecaria?

ROCA SASTRE (11) entiende que no, porque «la Ley Hipotecaria no dispensa seguridad alguna al adquirente («B») respecto de los defectos de capacidad, vicios del consentimiento y demás defectos afectantes al acto o negocio jurídico mismo («A»-«B») de adquisición». «La quiebra origina la incapacidad dispositiva del quebrado, y esta incapacidad se retrotrae a la fecha que el Juez haya fijado, de suerte que el quebrado se considera que fue incapaz a partir de tal fecha a la que se remonta la retroacción y, en consecuencia, todos los actos de enajenación y gravamen por él otorgados desde entonces se reputan otorgados por un incapaz y, por tanto, son nulos..., de nulidad absoluta o de pleno derecho, por contravenir el precepto prohibitivo del artículo 878 del Código de Comercio..., y según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes.» En definitiva: «B», primer adquirente, es parte en el acto o contrato «A»-«B», que se declara nulo. No es tercero respecto de él. Y, consiguientemente, «la adquisición efectuada por la persona que adquiera del quebrado no es protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues *nada tiene que ver con ella*» (12). Insistiendo más adelante en que la Ley Hipotecaria «no tiene que proteger la primera adquisición» (13).

Análoga tesis negativa podría sustentarse con base en la afirmación de SANZ (14) de que la noción de tercero, siempre relativa, ha de formarse «con referencia a un determinado acto o contrato productor de derechos reales». Pues como aquí el acto o contrato especialmente contemplado y, además, productor de derechos reales, es el contrato «A»-

(11) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo I, págs. 632 y sigs. (ed. 1968).

(12) *Loc. cit.*, pág. 634 (el subrayado es mío).

(13) *Ibid.*, pág. 635.

(14) SANZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, págs. 242 y 245.

«B», que se declara nulo, es claro que «B» no es tercero, sino parte, en dicho contrato.

Frente a esta opinión negativa, y en apoyo de la tesis contraria, defensora de la posibilidad de aplicar a «B» los efectos protectores de la fe pública registral, pueden invocarse los siguientes argumentos:

1.º Que—como acabo de decir—la noción de tercero, al igual que la de parte, es una noción relativa. Se es tercero o se es parte «con respecto a» algo. Y es claro que «B», primer adquirente, es parte en el contrato «A»-«B», pero es tercero respecto de las relaciones jurídicas existentes entre el quebrado «A» y sus acreedores (tanto respecto de las que deben su origen a los contratos que éste celebró con ellos y de las cuales resultan sus respectivas posiciones de deudor y acreedores, como respecto de las derivadas del planteamiento judicial de la insolvencia). Y como es en esas relaciones entre «A» y la masa de sus acreedores—relaciones, insisto, respecto a las cuales «B» es tercero y que no constan para nada en el Registro—en donde está la posible *causa de la nulidad* de la adquisición de «B», me parece perfectamente defendible la tesis de que «B» es tercero respecto de la relación jurídica *origen de la nulidad* y, por tanto, podrá invocar en su favor la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

2.º Pero es que, además, la parte expositiva de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, al hacer referencia a las dificultades que siempre han existido para una recta comprensión del concepto de tercero, al confusionismo creado a su alrededor por una exagerada exégesis doctrinal y a las razones que aconsejaron hacer desaparecer de la nueva redacción de la Ley Hipotecaria su antiguo artículo 27, en el que se daba una definición poco satisfactoria del tercero, afirma que, en rigor, se podría prescindir no solamente de tal definición, sino incluso de la misma palabra «tercero», sustituyéndola por la de «adquirente». Y que si no se hizo tal sustitución y se ha conservado la palabra «tercero» ha sido por respeto a una tradición prolongada (15). Añadiendo que «a los efectos de la *fides pública*... se entenderá por tercero... el causahabiente de un titular registral por vía onerosa». Y «B», en nuestra hipótesis, cumple con esta definición. Aparte de que si en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sustituimos la palabra «tercero» por la de «adquirente»—sustitución, según acabamos de ver, autorizada por el legislador—, su aplicabilidad a «B», primer adquirente, queda fuera de discusión.

(15) "Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra tercero por la de adquirente, pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo."

Hay que insistir, además, en esto: en que al tiempo de su otorgamiento, el contrato «A»-«B» es un contrato válido y perfecto. Y en que es más tarde, en un tiempo que visto desde aquella perspectiva es un tiempo futuro, cuando se le anula por consecuencia del alcance retroactivo que se da a la declaración del estado de quiebra. En este sentido es perfecto el tecnicismo con que se produce el artículo 878 seg. Cdec., pues no dice que todos los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la declaración «son» nulos, sino «serán» nulos. Y este acontecer o sobrevenir en un tiempo futuro una nulidad debida a causas que no constaban en el Registro al producirse la adquisición es el supuesto característico de aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

3.º Porque si—según hemos afirmado más arriba—a nadie se le ocurre hacer sufrir las penosas consecuencias de la retroacción a aquellos que cobraron dinero del quebrado por razón de jornales, de suministros, de primas de seguro, de honorarios profesionales..., etc., con mayor razón debe ser puesto a cubierto de esas consecuencias quien contrató con el quebrado—el futuro quebrado—consultando y amparándose en una institución pública, como es el Registro de la Propiedad, cuyos asientos, extendidos y firmados por un funcionario público competente en ejercicio de su función calificadora (art. 18 de la Ley Hipotecaria), están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria). Y si esos asientos le decían al adquirente «B» que la persona con quien contrataba, es decir, el futuro quebrado «A», era dueño de la finca, «B» tenía que confiar en el Registro y presumir que (como dice el art. 38 de la Ley Hipotecaria formulando el Principio de Legitimación) «los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo», es decir, normalmente hablando, con una plena e incondicionada capacidad de disposición.

En conclusión, y recordando que contemplamos el caso de una venta efectuada entre los momentos señalados en el cuadro con los números 1 y 2, entiendo que «B», primer adquirente que contrató directamente con el futuro quebrado «A», merece y puede invocar la protección de la fe pública registral y ser mantenido en su adquisición, de acuerdo con lo que ordena el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y siempre que reúna los cuatro requisitos exigidos por su párrafo primero (inscripción a favor del transferente, inscripción a favor del adquirente, buena fe del adquirente y carácter oneroso del título adquisitivo).

Caso b) Venta «A»-«B» efectuada e inscrita entre los momentos 2 y 3

En este supuesto, en que la demanda ya está interpuesta, pero aún no ha sido anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad, podemos afirmar que éste, en el momento de otorgarse la venta, es ya inexacto—en el sentido de incompleto—, pues no consta en sus libros una posible causa de anulación o resolución del derecho de «A» o, más exactamente, de una de las facultades integrantes de dicho derecho —la facultad de disponer—, causa de anulación o resolución que ya está en marcha en la realidad jurídica extrarregistral.

En consecuencia, una de dos: o «B» ignora esa inexactitud y es considerado de buena fe por la Ley Hipotecaria, en cuyo caso será mantenido en su adquisición por imperativo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que reúna los otros tres requisitos por él exigidos.

O conoce la existencia de la demanda no anotada, es decir, sabe que el Registro es inexacto, en cuyo caso se le reputa de mala fe y no puede pretender ninguna protección. (Claro está que para ROCA SASTRE no habrá lugar a estas distinciones y en ningún caso, sea de buena o de mala fe, «B» podrá ampararse en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que—según este autor—«nada tiene que ver» con el primer adquirente).

Caso c) Venta «A»-«B» efectuada e inscrita entre los momentos 3 y 4

El artículo 142 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 42, quinto, de la Ley Hipotecaria, prevé que la demanda solicitando la declaración de quiebra se anote preventivamente en el Registro de la Propiedad. En caso de que tal anotación preventiva esté ya practicada antes que «B» efectúe su adquisición, se puede afirmar que éste se encuentra ante un Registro exacto—fiel reflejo de la realidad jurídica extrarregistral—. Y, consiguientemente, no es de aplicación el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que parte del supuesto contrario: del supuesto de inexactitud registral.

Aquí, el derecho del otorgante «A» se anula o resuelve por virtud de causas que «B» no puede pretender ignorar, pues constan en la hoja registral de la finca vendida, a través de la correspondiente anotación preventiva. Y el artículo que es de aplicación, por prever concretamente este caso, es el 71 de la Ley Hipotecaria, según el cual, «los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación». Y, consiguientemente, «B» será afectado por la anulación retroac-

tiva del derecho de «A», pues la posibilidad de tal anulación ya constaba en el Registro cuando él adquirió.

Hasta aquí he examinado ante ustedes la aplicabilidad de la protección registral a las ventas efectuadas directamente por el futuro quebrado «A» en favor de un primer adquirente «B», subdistinguiendo tres casos, según los tres posibles momentos en que tal venta pudo concertarse e inscribirse. Ahora procede examinar esa misma posibilidad de ampararse bajo la fe pública registral con referencia a un segundo adquirente «C», que adquiere la misma finca por contrato celebrado con «B».

Aquí no es ya preciso hacer las anteriores subdistinciones, ya que la regla general, aceptada sin excepción por la doctrina, es que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sí protege al subadquirente (siempre que, no hace falta repetirlo, reúna los cuatro requisitos exigidos en su párrafo primero). Así, ROCA SASTRE (16) afirma que «el artículo 34, primero, sí que protege al subadquirente, es decir, al adquirente indirecto, que es el que adquiere de tal adquirente directo del quebrado, siempre que este tercer subadquirente reúna las circunstancias que para la protección de la fe pública registral exige dicho artículo 34, primero, de la Ley Hipotecaria, una de las cuales es haber adquirido de buena fe, circunstancia esta que no se da, sobre todo cuando haya habido confabulación fraudulenta entre el adquirente directo del quebrado y el subadquirente».

Por tanto, puede afirmarse que «C» será mantenido en su adquisición siempre que reúna los cuatro requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y sin olvidar que le faltará la buena fe cuando se pruebe que conocía la existencia de una demanda judicial no anotada preventivamente, y que no entra en juego el artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando, por estar ya practicada la anotación, el artículo aplicable sea el 71 de la Ley Hipotecaria.

IV. POSICION DE LA JURISPRUDENCIA

El Tribunal Supremo—forzoso me es reconocerlo—no coincide con mi tesis, pues niega la protección derivada de la fe pública registral al primer adquirente, «B», que contrató directamente con el quebrado «A». Pero es de notar que—según la sentencia de 17 de marzo de 1958—le niega dicha protección «a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» (considerando primero). Y este «a pesar de» me autoriza a pensar que

(16) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 635.

el Tribunal Supremo opina, en el fondo, de acuerdo con mi tesis, que la Ley Hipotecaria sí protege al primer adquirente. Pero que como el Código de Comercio dice lo contrario, y como el precepto del artículo 878 de este cuerpo legal es claro y terminante, en tanto que los artículos de la Ley Hipotecaria aplicables al caso han de ser objeto de una interpretación bastante elaborada—aunque no arbitraria—, el Tribunal Supremo resuelve la pugna o contradicción entre ambos cuerpos legales en favor del Código de Comercio.

Y si esto es ya grave, hay algo más grave aún. Y es que esa misma sentencia que acabo de citar niega también la protección registral a «C» —al subadquirente—. Es cierto que en el caso contemplado existían fuertes indicios de mala fe en este segundo adquirente, y desde este punto de vista, el fallo es perfecto. Lo criticable está en que en uno de sus considerandos se dice que declarada nula la primera venta «A»-«B» y ordenada la cancelación de la inscripción a favor de «B», no puede resultar amparado el derecho de «C» (es decir, que «C» no puede ser mantenido en su adquisición), pues tal derecho deriva de una venta nula y de una inscripción cancelada, con lo cual queda roto civil e hipotecariamente el tracto sucesivo. Doctrina criticable, pues está dictada con absoluto olvido del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en el cual se prevé de modo terminante que el derecho de «B» pueda ser anulado o resuelto, y no obstante esa anulación (que llevará consigo la cancelación de la inscripción a favor de «B», por imperativo del artículo 79, tercero, de la Ley Hipotecaria), «C» será mantenido en su adquisición («... será mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante...»). Y con absoluto olvido también del párrafo último del artículo 39 de la Ley Hipotecaria, según el cual la rectificación de una inexactitud registral nunca podrá hacerse en perjuicio de los derechos adquiridos por tercero, a título oneroso y de buena fe, «durante la vigencia del asiento que se declare inexacto» (17).

V. CONCLUSION

La conclusión que yo deduzco de cuanto llevo analizado es la necesidad de reformar el artículo 878 seg. Cdec., en el sentido de limitar la sanción de nulidad por él establecida en dos formas: 1.^a, dejando fuera de ella todos aquellos actos y contratos que constituyan la actividad

(17) Dice otro de los considerandos de la sentencia que “la inoperancia de los proceptos hipotecarios (es debida a) no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos a los que derivan causa del quebrado”; así, sin distinguir entre el primer adquirente y el segundo o ulteriores.

normal o habitual del comerciante (por ejemplo, la venta de pisos en una sociedad inmobiliaria), y 2.^a, permitiendo que, dentro de los que merezcan la calificación de nulos y se refieran a inmuebles, jueguen libremente los principios hipotecarios. Es decir, que el Código de Comercio se aplique no «a pesar» de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, sino «sin perjuicio» de lo dispuesto en ella.

En la situación actual, la seguridad jurídica inmobiliaria y el crédito territorial quedan gravemente perturbados, ya que, como dice Roca SASTRE, se coloca al comerciante en una situación que le dificulta obtener dinero con enajenaciones o préstamos hipotecarios o simples, cuando precisamente podría ello sacarle del atolladero, pues todo aquel que pensara contratar con él debería, si es prudente, echarse atrás amedrentado por el espectro de la retroacción. Y si, no obstante esa amenaza, contrata con él y posteriormente se le declara en estado de quiebra, ya vemos que el Tribunal Supremo le niega toda protección. Esto no es ni razonable ni justo—piénsese en todos aquellos que a través de un verdadero esfuerzo, de sacrificios durísimos, han logrado resolver el problema de su vivienda... y que se encuentran luego con que no han adquirido nada.

Hay que trabajar, por tanto, para que se modifique el artículo 878 seg. Cdec. en los dos sentidos antes indicados. Y para que, en tanto llegue a realizarse dicha modificación, el Tribunal Supremo suavice el rigorismo con que aplica esa sanción de nulidad.

VI. EPILOGO

He prometido, al comienzo de este trabajo, que haría—al final de él—simples alusiones a las ventas hechas antes y después de los límites entre los que se encierra el tiempo «inhábil». Pues bien, en cuanto a las anteriores, no me parece difícil interpretar los artículos 879 a 882 Cdec. a la luz de la doctrina expuesta.

Y en cuanto a las posteriores a la fecha de la declaración judicial de la quiebra haré una subdistinción, y es la última:

a) Ventas efectuadas entre los momentos 4 y 5. Si aún estuviera vigente la anotación preventiva, se aplicará lo dicho en la letra c) del epígrafe III. Y si no se hubiera practicado la anotación, por haber descuidado los Síndicos este detalle, el Registro sería inexacto o incompleto y se aplicará la doctrina expuesta—a propósito de la buena o mala fe del adquirente—en la letra b) del epígrafe III.

b) Ventas presentadas con posterioridad al momento 5.

En cuanto a las ventas efectuadas por el quebrado «A» en cualquier tiempo posterior al momento 1, y presentadas en el Registro de la Propiedad luego de estar inscrita la declaración de la quiebra (inscripción prevista en el art. 2, cuarto, de la Ley Hipotecaria), la doctrina es clara: pues al presentarse en el Registro la escritura en que se recoja el acto dispositivo «A»-«B», el Registrador, que ya conoce la situación de incapacidad de «A», por lo que resultaba de los propios libros del Registro, denegará la práctica de la inscripción por defecto insubsanable.

ANTONIO BILBAO ARÍSTEGUI

Registrador de la Propiedad y ex profesor de Derecho civil
en la Universidad de Deusto

NOTAS

Las pólizas mercantiles y el Registro de la Propiedad

(Una nota para un estudio)

La transmisión de títulos hipotecarios se realiza normalmente ante Notario. Pero los títulos mercantiles pueden también ser transmitidos con intervención de Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio, en cuyo caso la transmisión se documenta a través de la correspondiente póliza. Cuando se trata de títulos nominativos garantizados con hipoteca se presenta el problema de determinar si para que la transmisión se pueda hacer constar en el Registro será necesaria siempre escritura pública o podrá tener también acceso a éste, a los efectos de constatar el acreedor hipotecario, aunque la transmisión conste en póliza.

Este problema se plantea debido a que la legislación hipotecaria no regula la inscripción de hipotecas constituidas en garantía de obligaciones mercantiles de carácter nominativo, puesto que, respecto de las emitidas al portador, establece el artículo 154 de la Ley que quedará constituida la hipoteca en favor de los tenedores presentes y futuros de las obligaciones.

Pues bien, tratándose de obligaciones nominativas hay que observar si la póliza puede reunir los requisitos normales y circunstancias necesarias para hacer constar la transmisión en el Registro.

El artículo 36 del Reglamento de los Corredores de Comercio, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1959, es el único precepto que habla en nuestro Derecho positivo de los requisitos que deben reunir las pólizas. Por ello ha de tenerse en cuenta para resolver el problema que nos ocupa, aunque se refiere a ellos de modo indirecto, como obligación de los Corredores o Agentes, cuando dice que éstos deberán hacer constar en las pólizas lo siguiente: número de las mismas, nombre,

apellidos y domicilio de los contratantes y representación en su caso, objeto del contrato, cantidad acreditada, vencimiento, intereses y comisión, fecha de la póliza, firma de las partes del Corredor y los demás requisitos que las partes establezcan (art. 36).

Por todo ello no cabe duda de que en la póliza pueden hacerse constar los requisitos necesarios para que quede reflejada en la misma la existencia de un nuevo acreedor hipotecario. Como el artículo 1.528 del Código Civil establece que «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio», resulta que la transmisión del crédito lleva implícita la de la hipoteca, con lo que se habrá producido una inexactitud del Registro a través de la modificación de la realidad jurídica extrarregistral. La concordancia entre Registro y realidad debe realizarse, en este caso, a través de la alteración de aquél; este es el problema: determinar si esta alteración o rectificación registral puede verificarse mediante la inscripción de la póliza.

Con arreglo a los preceptos generales de la Ley Hipotecaria, en materia de títulos inscribibles, esto parece posible. El artículo 3 de dicho cuerpo legal establece, para que puedan ser inscritos los títulos en el Registro, que deberán estar consignados en escritura pública ejecutoria o documento auténtico. El artículo 34 del Reglamento considera documentos auténticos los que sirviendo de título al dominio o derecho real o al asiento practicable están expedidos por el Gobierno o por autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos.

Todas estas circunstancias concurren en la póliza, lo que nos lleva a afirmar la posibilidad de que pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad.

Pero frente a esta posibilidad se encuentra el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, según el cual, el crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte siempre que se haga *escritura pública*, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro.

El precepto es terminante y no da lugar a dudas, por lo que los agentes colegiados deberán abstenerse de intervenir en esta clase de operaciones. Resulta paradójico, sin embargo, que esto sea así dado que el artículo 93 del Código de Comercio dice que los Agentes Colegiados tendrán el carácter de Notario en cuanto se refiera a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles..., por lo que creemos que se impone o bien una prohibición formal a dichos Agentes de autorizar la transmisión de obligaciones hipotecarias, o bien una modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria, sustituyendo la palabra *escritura pública* por la de *documento público*.

Entendemos que no hay ninguna razón para establecer tal prohibición de actuar en este caso a los Agentes Colegiados, por lo que nos inclinamos por la segunda posición.

Con el sistema vigente puede ocurrir que se haya documentado por medio de póliza la transmisión de una obligación nominativa garantizada con hipoteca, con lo que, a tenor del artículo 1.528 del Código Civil, antes expuesto, el adquirente de la misma habrá devenido titular del crédito hipotecario en la realidad jurídica. Como tratándose de títulos nominativos, repetimos, no existe un pretexto similar al artículo 154 de la Ley Hipotecaria, según el cual, cuando se trate de títulos al portador quedará constituida la hipoteca a favor de los tonedores presentes y futuros de las obligaciones, deberá hacerse constar en el Registro la transmisión del crédito hipotecario. Entonces nos encontraremos con que el Registrador denegará la inscripción por no constar la transmisión en escritura pública, con los consiguientes gastos, dilaciones y dificultades, a veces grandes, en caso de incapacitación y muerte de cualquiera de los que intervinieron en el primitivo contrato.

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor A. de Derecho Civil

VIDA JURIDICA

Primer Congreso Internacional de Derecho Registral

Tuvo lugar este Congreso en la ciudad de Buenos Aires, durante el período de tiempo del 26 de noviembre al día 2 de diciembre del presente año.

Concurrieron al mismo delegaciones de Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Costa Rica, Ecuador, España, Francia, Grecia, Honduras, Italia, Nicaragua, Méjico, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Suiza, Uruguay y Venezuela.

La delegación española, presidida por el decano del Colegio Nacional de Registradores, don Pío Cabanillas Gallas, estuvo integrada por los siguientes señores: vicedecano, don Narciso de Fuentes Sanchiz; tesorero, don Angel Martín Cifuentes; director del Centro de Estudios, don Eugenio Fernández Cabaleiro, y censor-interventor, don Fernando Muñoz Cariñanos; don José María de Mena San Millán, que ostentaba la representación de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Valencia; don José Espinosa Herrera, magistrado del Tribunal Supremo; don Ricardo Hernández-Ros; don Joaquín Puig de la Bellacasa; don Antonio Esturillo López; don Antonio Aguayo Martos; don Senén Martín Hernández; don Angel de la Fuente Junco; don Vicente Muñoz Calero; don Jesús Pintos Vázquez-Quirós; doña Beatriz Blesa Rodríguez; don Luis Amorós Guillén; don Rafael Zarauz Cánovas; don Matías Giménez Potous; don José Antonio de Luna Margenat; don Ignacio Aróstegui Salaberri; doña Celia Puente Ojea; don Cecilio Camy Sánchez-Cañete; don Aurelio de Prada Casaseca; don Ignacio Martínez de Bedoya; don Francisco Molina Sáenz de Tejada; don Lorenzo Sarmiento Hueso; don José Luis Cueto Olea; don Julio Gómez Amat; don Rafael Martínez Pasalodos; don Manuel Moreno-Torres Sevilla; don Juan Bautista Pérez Ruiz; don José Coronel de Palma; don José María Chico Ortiz; don Manuel Alonso de la Hera; don Rafael Ortega Martínez; don Fidel Cobos

Santos; don Adolfo González Castela; don César García-Arango; don Luis Carlos Boullosa Castañaduy; don Plácido Prada Alvarez-Buylla; don Cruz Casero Fernández; don Fernando Millet Sastre, y don Salvador Zaera Sánchez. Se incorporó en Buenos Aires don Jesús Cuadrao García.

A la sesión preparatoria del Congreso, celebrada con asistencia de todas las delegaciones, concurrieron por la de España el Decano y el Director de Estudios. En la misma se designó como vicepresidente del Congreso a don Pío Cabanillas, y como congresistas de honor, también a don Pío Cabanillas, don Angel Martín Cifuentes, don José María de Mena San Millán y don José Espinosa Herrera.

Tras el acto inaugural, al que asistieron representaciones del Gobierno argentino, entre ellos el ministro de Justicia de dicho país, se iniciaron las sesiones de trabajo, desdobladas en tres comisiones. Las números I y II celebraron las sesiones en el salón de actos del Colegio de Escribanos de la capital federal, bajo la presidencia de don Pío Cabanillas, de la delegación española. La número III tuvo sus reuniones en la sede de la Universidad Notarial Argentina y fue presidida por la doctora María Luisa Berlingieri, de la delegación de Puerto Rico.

La aportación española a este Congreso consistió en la «Carta de Buenos Aires»—resumen de los postulados generales similares o simplemente coincidentes por medio de los que en todos los países, cualquiera que sea su sistema de Registro, se configuren las líneas esenciales de los respectivos ordenamientos para la solución de idénticos problemas jurídicos—y en los siguientes trabajos, ajustados al temario del Congreso: «Significado y alcance de la publicidad inmobiliaria en los sistemas de folio personal y de folio real», por don ANGEL DE LA FUENTE JUNCO.

I. LA SEGURIDAD JURIDICA Y LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA

1. «El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas», por don NARCISO DE FUENTES SANCHIZ.
2. «Los principios hipotecarios y la Propiedad Horizontal», por don CARLOS ALTARRIBA SIVILLA.
3. «Problemas registrales de la accesión invertida según el régimen del Código Civil español», por don CARLOS MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO.
4. «La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción», por don CÉSAR GARCÍA ARANGO.
5. «El Registro de reservas de dominio de bienes muebles vendidos a plazos», por don MANUEL ZUMALACÁRREGUI CALVO.

6. «El Registro Público Cinematográfico. Garantías reales sobre la película y sus rendimientos», por don FIDEL COBOS SANTOS.

II. LOS PRINCIPIOS JURIDICOS DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA

1. «Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado», por don TIRSO CARRETERO GARCÍA.
2. «Crítica actual de los llamados principios hipotecarios», por don ABELARDO GIL MARQUÉS.
3. «Presente y futuro del principio de calificación registral», por don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.
4. «El principio de legalidad en relación con los documentos procedentes de la autoridad judicial», por don JOSÉ MARÍA DE MENA Y SAN MILLÁN.
5. «Ruptura del tracto: Caducidad de inscripciones», por don GABRIEL HORTAL SÁNCHEZ.
6. «Publicidad registral: Las condiciones y pseudocondiciones en el Registro», por don JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA.

III. TECNICAS DE LA REGISTRACION

1. «La mecanización del Registro», por don IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA y don FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

La lectura de la «Carta» y la defensa de los postulados en ella incluidos se efectuó por el director del Centro de Estudios. Procediéndose a continuación a la lectura de la ponencia de la delegación argentina relativa al mismo tema. Abierto debate, y tras acertadas intervenciones de los asistentes, se designó una comisión redactora del texto definitivo de la «Carta de Buenos Aires», compuesta por los siguientes señores: delegación de España, don Narciso de Fuentes Sanchiz, don Angel de la Fuente Junco y don Eugenio Fernández Cabaleiro; de Alemania, don Edmund Lierman; de Uruguay, don Julio R. Bardallo, y de Argentina, don Alberto D. Molinario, don Jorge H. Alterini y don Francisco I. J. Fontbona.

El señor Fuentes Sanchiz dio lectura al proyecto e informó sobre la nueva redacción de la «Carta de Buenos Aires» y la recomendación formulada por la delegación argentina, cuyos textos fueron aprobados por aclamación.

«CARTA DE BUENOS AIRES»

Considerando: Que en tanto el desarrollo comparativo registral permita formulación universal de sus principios conviene adoptar expresiones que aunque no coincidan con textos positivos de las legislaciones, sean admitidas por la doctrina.

Que la delegación de España ha contribuido eficazmente en la preparación del presente documento, que a su propuesta se llamará «Carta de Buenos Aires», cuyo texto ha sido examinado, discutido y aprobado por las demás delegaciones concurrentes.

Que las delegaciones asistentes, en su mayoría herederas de la stirpe hispana y de sus valiosas instituciones jurídicas, reconocen en ese gesto un nuevo aporte de la ciencia e hidalguía española.

Por tanto, EL PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, BAJO LA DENOMINACION DE «CARTA DE BUENOS AIRES»,

DECLARA

I. El Derecho Registral integra el sistema jurídico con normas y principios propios, de Derecho público y privado, que coexisten y funcionan armónicamente, constituyendo una disciplina independiente, de la cual el Derecho Registral Inmobiliario es una de sus principales ramas.

II. Los principios del Derecho Registral son las orientaciones fundamentales, que informan esta disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados en el Derecho positivo.

III. Los Registros Públicos Inmobiliarios de carácter jurídico son instituciones específicas organizadas por el Estado y puestas a su servicio y al de los particulares para consolidar la seguridad jurídica, facilitar el tráfico, garantizar el crédito y el cumplimiento de la función social que tiene la propiedad, compatible con la libertad, el progreso y el desarrollo de los pueblos.

IV. En el estado actual de la ciencia y técnicas jurídicas, los Registros Inmobiliarios constituyen el medio más eficiente para la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles, los gravámenes que los afectan y las medidas que limiten o condicionen su libre disponibilidad, sin perjuicio del distinto valor y alcance que se asigne a la inscripción dentro de las modalidades de las legislaciones.

V. El principio de inscripción es común a todos los sistemas registrales y su base fundamental, del cual derivan sus efectos, tipificación y características.

VI. La legislación relativa a la constitución, adquisición, transmisión, modificación, extinción de derechos reales sobre inmuebles o cualquier otra situación jurídica debe procurar la protección, tanto del interés del titular como la seguridad del tráfico jurídico, y, además, coadyuvar con la efectiva realización de los planes de desarrollo económico y social, todo ello a tenor de la idiosincrasia de cada país.

VII. Los medios adecuados para alcanzar la publicidad registral radican en que la legislación prevea los siguientes aspectos fundamentales:

- a) Que en todo acto o negocio jurídico inscribible intervengan siempre profesionales especializados, pues su particular preparación les permitirá examinar con espíritu crítico y valorativo el conjunto inescindible de hechos, actos, negocios y titularidades que siempre se presentan como necesarios para alcanzar estos resultados.
- b) Que todo acto o negocio inscribible es necesario que se formalice en documento auténtico, garantizándose de esta manera la legitimidad, legalidad y certeza del derecho.

VIII. La registración de los derechos y situaciones jurídicas sobre bienes inmuebles debe ser obligatoria.

IX. La protección registral se concede a los títulos previa calificación de su legalidad por el Registrador, quien ejercita una función inexcusable.

X. Debe adoptarse como base para la registración la unidad inmueble y su manifestación formal, a través del folio o ficha real, para la aplicación del principio de determinación y la conveniente vinculación con el régimen catastral.

La utilización de la unidad inmueble sustenta la vigencia íntegra de los principios de especialidad y tracto sucesivo.

XI. La prioridad de los derechos se determina por su ingreso en el Registro.

El rango de los derechos compatibles, en tanto no afecte el orden público, puede ser objeto de negocio jurídico, como la reserva, permuta o posposición.

XII. Los derechos inscribibles se derivarán del titular inscrito, de modo tal que el Registro contendrá el historial completo de los bienes. El tracto sucesivo puede ser abreviado o comprimido.

XIII. Los asientos de los Registros y su publicidad formal deben estar bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia.

XIV. El Registro se presume exacto e íntegro, tanto cuando proclama la existencia de un derecho como cuando publica su extinción, mientras por sentencia firme inscrita no se declare lo contrario.

XV. Se presume que el derecho inscrito existe y corresponde a su titular, quien se halla exonerado de la carga de la prueba.

XVI. La presunción legitimadora del Registro para el que adquiera de buena fe y a título oneroso con apoyo en el mismo es incontrovertible.

Ha de asegurarse la debida reparación del interés legítimo perjudicado.

XVII. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del Registro.

XVIII. La titularidad y la libertad de cargas o la existencia de gravámenes sobre los inmuebles se acreditará por certificación del Registro, expedida conforme a las Leyes, la cual gozará de la virtualidad necesaria en todos los países, en tanto sea compatible con las legislaciones nacionales.

XIX. Los Estados deben evitar la sanción o derogar la vigencia de normas que restrinjan, limiten o demoren la registración, sin perjuicio de arbitrar los medios idóneos para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones administrativas y tributarias.

RECOMENDACION

Considerando las exposiciones de los señores delegados argentinos, dirigidos a caracterizar la certificación registral utilizada en su país, de las cuales resulta:

1.º Que en cuanto a su significación jurídica, la certificación registral tiene relación directa con el negocio de trascendencia real a otorgarse y, desde luego, con el instrumento público que la contendrá.

2.º Que dicha certificación está provista de efectos propios, que consisten en:

a) Informar a quienes van a realizar ese acto del estado de los asientos tal como figuran en el Registro, tanto con relación a los sujetos que transmiten, constituyen o modifican derechos, como a los inmuebles sobre los cuales versarán tales negocios (publicidad formal de la certificación).

b) Conferir a quienes intervengan en la realización de esos actos una protección o garantía especial, de carácter esencialmente preventivo y de plazo limitado, por el que se les confiere por anticipado (reserva de prioridad indirecta) la certeza (publicidad material de la certificación) de que cuando los formalicen estarán en condiciones de alcanzar en sede registral la producción de los efectos propios de ese negocio, o sea, transmitir, constituir o modificar un determinado derecho real, siempre que se cumplan los requisitos y plazos previstos por la Ley.

c) En cuanto a su instrumentación, la reserva de prioridad indirecta resultante de la expedición de la certificación se hace efectiva por medio de carácter preventivo, requerida por el titular inscrito o quien ejerza su representación.

Por ello, EL PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

RECOMIENDA

A las delegaciones de los países participantes que promuevan el análisis de este instituto a la luz de la experiencia recogida en la República Argentina y consideren la posibilidad de implantarlo en los regímenes nacionales, en cuanto fuere compatible.

Como resumen de las ponencias acreditativas del estado actual de los estudios hipotecarios en España se procedió, por el delegado don Julio Gómez Amat, a la lectura de la ponencia de don TIRSO CARRETERO GARCÍA: «Los principios hipotecarios ante el Derecho Comparado».

Respecto del tema de la comisión II, creación de un Centro Internacional de Derecho Registral, se presentaron las comunicaciones de las delegaciones de Puerto Rico y de la República Argentina. Tras la lectura de ambas, el plenario del Congreso designó una comisión, integrada por el delegado de España, don Eugenio Fernández Cabaleiro; de Puerto Rico, doctor Jaime Fuster, y de Argentina, escribano Jorge A. Bollini, cuyo dictamen, también aprobado previo debate, fue el siguiente:

I. En la ciudad de Buenos Aires, a 2 de diciembre de 1972, se crea EL CENTRO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, inte-

grado sobre la base DEL CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS DE ESPAÑA, INSTITUTO DE DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL DE PUERTO RICO, INSTITUTO DE DERECHO REGISTRAL DE LA UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA, como entidades fundadoras.

El Centro es una organización independiente de estructura abierta y de carácter internacional, al que podrán incorporarse las instituciones académicas o profesionales que de alguna manera se relacionen con la especialidad.

II. El Centro Internacional de Derecho Registral tendrá su sede permanente en Buenos Aires.

Su administración estará a cargo de una Secretaría General.

III. El Centro Internacional de Derecho Registral tendrá como fines:

- a) Facilitar y organizar la comunicación entre sus miembros a fin de coordinar sus actividades y robustecer los lazos de unión y fraternidad.
- b) Promover y fomentar el estudio de temas y cuestiones relacionados con la registración.
- c) Difundir estos estudios y toda otra investigación referida a la especialidad mediante la publicación de una revista de carácter internacional.
- d) Prestar asesoramiento en las materias propias de la especialidad.
- e) Servir como oficina de intercambio de libros, revistas y publicaciones referidas al derecho, técnica y organización registral.
- f) Procurar la creación de Centros o Institutos de Derecho Registral en todos los países.
- g) Convocar Congresos Internacionales cada dos años o según las circunstancias determinen otra periodicidad.

IV. Con arreglo a las propuestas de los países miembros, la Secretaría General de este Centro redactará un proyecto de reglamento para su propio funcionamiento, que deberá difundir entre aquéllos para su revisión y aprobación por el Congreso inmediato siguiente.

Al país que se designe como sede permanente del Centro le corresponderá nombrar la persona que desempeñe el cargo de secretario general.

En dicho reglamento, y en base a las áreas territoriales de actuación, se crearán delegaciones para el mejor cumplimiento de los fines del Centro.

El reglamento determinará su régimen económico y financiero.

COMISION III

La comisión III dedicó sus sesiones al tema de «Las técnicas de la Registración», especialmente en lo que concierne a la modernización y mecanización de los Registros. Se integró de 52 miembros y la representación española en ella estuvo constituida exclusivamente por don Fernando Muñoz Cariñanos, don Ignacio Martínez de Bedoya y don José Coronel de Palma. Iniciadas las sesiones el día 28, a las nueve de la mañana, y tras unas breves palabras de la presidente de la comisión, señora de Fuster (Puerto Rico), el señor Muñoz Cariñanos expuso, en nombre de la delegación española, la ponencia titulada «La mecanización del Registro». Seguidamente, el doctor Scotti (Argentina), presidente de la Comisión Organizadora y de la Mesa Ejecutiva del Congreso y, asimismo, director del Registro de la capital federal, presentó la ponencia argentina sobre el mismo tema. A continuación se abrió un interesante coloquio sobre ambas ponencias y los señores Scotti y Muñoz Cariñanos informaron a los congresistas sobre materias concretas de su exposición, respondiendo a numerosas preguntas.

En la sesión de la tarde fueron expuestas brevemente las técnicas registrales utilizadas en Costa Rica, Brasil, Canadá y otros países. El día 29 continuó la exposición informativa por los delegados de Grecia, Nicaragua, Italia, Perú, Puerto Rico, Méjico y Uruguay.

A indicación del doctor Scotti fue designada una comisión para que, en base a las propuestas presentadas por las delegaciones española y argentina, redactara unas conclusiones armonizando ambas propuestas e incorporando las sugerencias importantes que se iban haciendo en el curso de los debates. Esta comisión se integró por los siguientes señores: Salas (Costa Rica), Muñoz Cariñanos (España), García Coni (Argentina), Vázquez (Méjico), Escobar Fornos (Nicaragua) y Silva (Brasil), y se retiró a deliberar en una sala contigua. El resto de la sesión se consumió en un vivo coloquio (en cuyo trasfondo estaba el dilema entre una mecanización a base de computadoras y espectacular celeridad o un Registro en el que se dé preferencia a una completa calificación y a una integridad registral en su contenido formal y material) sobre diversos temas, en el que, entre otros congresistas, intervinieron repetidamente los delegados siguientes: Luthy, Millot Riestra, Coronel de Palma, Martínez de Bedoya, Berlingieri, Sing, Moratorio, Krichmar, Calderón de Saavedra, Alfonso García, Picard, Braune Portugal, Cantero y Montero.

Ultimado el trabajo por la comisión redactora de las conclusiones, éstas fueron aprobadas por unanimidad con ligeras modificaciones. Las citadas conclusiones constan de 14 puntos, entre ellos, literalmente, las

tres primeras propuestas de la ponencia española y, en sustancia, las dos restantes, y fueron aprobadas, a su vez, por unanimidad, en la sesión plenaria del Congreso, celebrada el viernes día 1 de diciembre, juntamente con la «Carta de Buenos Aires».

Las conclusiones de la comisión III tienen el texto literal siguiente:

I. La mecanización—simple medio instrumental—debe estar siempre subordinada a los principios sustantivos y finalidades esenciales del sistema registral.

II. El grado que precisa alcanzar la mecanización está, además, condicionado a las peculiaridades jurídicas y a las circunstancias geográficas y socio-económicas de cada país.

III. Los organismos competentes de cada país en este particular campo del Derecho estudiarán e implantarán en los Registros de la Propiedad las modernas técnicas de racionalización del trabajo administrativo y de mecanización.

IV. Teniendo en consideración el carácter jurídico de la registración, su fehaciencia sólo emana del proceso documental, cuya elaboración es exclusiva de quien expide el documento inscribible por una parte, y por otra, de quien en ejercicio de la función registral redacta y practica el asiento.

De lo expuesto resulta que no es suficiente, desde el punto de vista de su valor jurídico, el mero almacenamiento de información en un soporte material, como es el cibernético, sino que es indispensable, como contrapartida, la constancia documental formal, redactada y firmada por el Registrador.

V. La mecanización no puede limitar el nacimiento de nuevas figuras jurídicas que deban tener acceso al Registro ni obligar a la utilización de modelos para la contratación.

VI. Debe adoptarse, como base para la registración, la técnica del folio o ficha real, porque de esa manera se facilita el uso de procedimientos técnicos compatibles con la seguridad jurídica y celeridad que reclama el tráfico contemporáneo.

VII. No deben incluirse en el folio real actos o cláusulas de contenido puramente personal o que no tengan trascendencia real, sin perjuicio de su correlación con asientos que se lleven por separado.

VIII. Se estima aconsejable la utilización de la técnica de fichas u hojas móviles como elemento soporte de la registración, en reemplazo de libros encuadernados o protocolos.

IX. El acceso a la información registrada debe facilitarse por medio de índices auxiliares mecanizados y actualizados de fincas y de personas que permitan localizarla, tanto por los datos identificatorios del inmueble como por el nombre del titular del derecho inscrito.

X. Se aconseja el uso de la microfilmación y, en general, cualquier procedimiento de seguridad para facilitar la reconstrucción total o parcial del Registro y la conservación de los documentos y libros antiguos que deban archivarse.

XI. La legislación que regule el funcionamiento de los Registros debe prever los siguientes aspectos fundamentales:

- a) Requisitos y condiciones personales de los Registradores que aseguren su formación ética, jurídica y técnica en el ejercicio de sus funciones, incluyendo la exigencia de título universitario habilitante para el desempeño de profesiones jurídicas y el acceso al cargo mediante un adecuado régimen de concursos de antecedentes y oposición, debiendo, asimismo, garantizárseles su inamovilidad mientras dure su buena conducta.
- b) Los recursos económicos y financieros de las oficinas del Registro y su administración autárquica mediante las tasas, aranceles u honorarios, que posibiliten el cumplimiento de sus fines específicos, con personal debidamente remunerado.

XII. Se recomienda la realización de cursos y seminarios de Derecho y Técnica Registral para personal del Registro.

XIII. Es necesario establecer normas legales que regulen la vinculación entre los Registros inmobiliarios y los organismos catastrales, preserven sus respectivas autonomías funcionales, establezcan su debida coordinación y eliminen sus subordinaciones e interdependencias.

XIV. Las modernas técnicas registrales deben usarse como medio de asegurar no sólo los legítimos derechos privados y la seguridad y agilidad del tráfico inmobiliario, sino también la efectiva función social de la propiedad y la mejor distribución de la riqueza, la factibilidad de los programas masivos de titulación de tierras, las estadísticas que proporcionen a los gobiernos el conocimiento de la realidad inmobiliaria y sean útiles a la planificación económica y prevean un control adecuado del cumplimiento de las Leyes de interés social referentes a la riqueza inmobiliaria.

Como ulteriores acuerdos del Congreso se aprobó, por unanimidad, que la sede del II Congreso Internacional de Derecho Registral tendrá

lugar en España y que la periodicidad de los futuros Congresos sea de dos años, sin perjuicio de que posteriormente se fije un plazo mayor.

Finalmente, también se aprobó por unanimidad el emblema del Congreso.

En la sesión de clausura se procedió a la entrega a las respectivas delegaciones de los diplomas de asistencia y ejemplares de la «Carta de Buenos Aires», cerrándose el acto, a propuesta de la delegación argentina, con un homenaje a los hipotecaristas españoles, personalizados en la figura de don Jerónimo González y Martínez.

En reconocimiento a la brillante aportación de la delegación española, la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, en su sesión del día 12 de diciembre de 1972, adoptó el siguiente acuerdo:

«El señor Decano da un amplio informe a la Junta sobre la participación colegial en el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Buenos Aires, y del que acaban de regresar. Pone de manifiesto la gran altura y acierto con que han intervenido los representantes españoles en dicho Congreso, la trascendencia de su intervención en la aprobación de la llamada 'Carta de Buenos Aires', cuya redacción inicial fue planteada por la representación española y aprobada por unanimidad; y en la Comisión III. Continúa el señor Decano exponiendo la multitud de pruebas de afecto y de reconocimiento que por sus intervenciones han recibido los representantes españoles en dicho Congreso.

La Junta muestra su satisfacción por cuanto ha dejado expuesto el señor Decano y acuerda hacer constar en acta expresamente dicha satisfacción, así como también el agradecimiento de este Ilustre Colegio a cuantas personas y entidades han facilitado a nuestra representación colegial su participación en el referido Congreso. Muy especialmente al señor ministro de Asuntos Exteriores, a las Líneas Aéreas de Iberia y a los delegados de la Compañía Chat, encargada de cuanto al transporte y alojamiento de los expedicionarios ha sido necesario. Igualmente, al Comité Organizador de dicho Congreso y a los encargados de la recepción y atención de los congresistas; muy especialmente al señor Registrador jubilado don Jesús Cuadrao García, quien, residente en Buenos Aires, ha realizado gestiones inestimables, tanto de carácter oficial como particular, para la más eficaz y cómoda asistencia de la representación española, y a don Angel de la Fuente Junto, por su actuación en el Congreso y su encomiable conducta corporativa.

El señor decano propone, y la Junta aprueba por unanimidad, solicitar por el conducto reglamentario audiencias corporativas a Su Exce-lencia el Jefe del Estado, a Su Alteza el Príncipe de España y, previa-

mente, al señor Ministro de Justicia, para darles cuenta del feliz resultado de este Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, entregarles un ejemplar de la llamada «Carta de Buenos Aires» y ponerles en antecedentes del próximo Congreso, a celebrar precisamente en España.

La Junta de Gobierno acuerda hacer también constar en acta la felicitación a don Pío Cabanillas Gallas, decano de este Ilustre Colegio, por sus brillantes intervenciones en los actos del Congreso y por la designación de vicepresidente primero del mismo, que le fue conferida en la primera jornada.»

Conclusiones adoptadas en la VIII Reunión de Profesores de Derecho Procesal

Valencia, del 3 al 5 de mayo de 1972

En la Facultad de Derecho de esta Universidad se celebró la citada VIII Reunión, bajo la presidencia del catedrático de la disciplina en dicha Facultad, doctor Víctor Fairén Guillén, y con la asistencia de los catedráticos doctores Prieto-Castro Ferrándiz, de la Complutense de Madrid; Fenech Navarro, de la de Barcelona; Gutiérrez-Alviz Armario, de la de Sevilla; Martínez Bernal, de la de Murcia; De Miguel Alonso, de la de Salamanca; Carreras Llansana, de la de Pamplona; Muñoz Rojas, de la de Granada; Serra Domínguez, de la de Oviedo, y Gutiérrez de Cabiedes, de la de Santiago de Compostela; profesores agregados, Almagro Nosete, de la Complutense de Madrid, y Peláez del Rosal, de la de Barcelona; profesores adjuntos, doctores y licenciados Vives Villamazares (jubilado y honorario de la de Valencia), González Encabo (ex adjunto), González-Deleito, Montero Aroca, Fuentes Carsí, Pérez Gordo, González Velasco, Duque Barragués, Baringo Rosinach, Fernández Martín-Granizo, De la Oliva Santos, Vázquez Sotelo, Gutiérrez-Alviz Conradi, Gómez del Castillo, Pedraz Penalba y Valentín Cortés.

También asistieron el colaborador de la cátedra de Valencia, don Miguel Pastor López, y los profesores ayudantes señores Ramos, Olábarri, Gómez de Liaño, Pelayo, Huidobro, Del Hierro, Fernández Sanchís, Docavo, Montón y Piqué Vidal y la señorita Amelia Montes.

Excusaron su ausencia, por enfermedad o quehaceres ineludibles, los catedráticos doctores Serrano Suárez (jubilado), Gómez Orbaneja, Alcalá-Zamora Castillo (de México), Silva Melero (excedente Tribunal Supremo), Gordillo García (excedente Ministerio de la Gobernación), Herce Quemada y Morón Palomino, y los profesores adjuntos señores Artacho, Cárcava, Martín Zarzo y De Paula.

Tras tres días de deliberaciones, en los que se examinaron como temas los enunciados: 1.º «El sistema de principios esenciales de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870. Su mantenimiento o sustitución. ¿Ley nueva o adaptación de la vigente?», y 2.º «La aplicación de la Ley y Reglamento de Peligrosidad y Rehabilitación Social vigentes», llegaron a las conclusiones que siguen.

En cuanto al primer tema:

1.ª Analizados los principios fundamentales en que se inspira la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870 y su contenido, los profesores estiman que debe ser conservada, si bien con la introducción en ella de las correcciones y actualizaciones que el transcurso del tiempo ha hecho indispensables y que en algunos puntos se hallan recogidas en la multitud de disposiciones legales y reglamentarias dictadas con posterioridad a ella.

2.ª Los profesores consideran que, independientemente de las calidades de la expresada Ley Orgánica, que por sí mismas justificarían su conservación, con arreglo a las condiciones indicadas, tienen el deber de hacer presente su preocupación ante la posibilidad de que continuase la tramitación del actual «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia», por considerarlo inadecuado para resolver los problemas orgánicos que hoy están planteados y, en definitiva, por la insuficiencia e imprecisión de sus bases.

3.ª Estiman los profesores que con conservación del espíritu y letra del artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste debería quedar ampliado y redactado así:

«Corresponde exclusivamente a los Tribunales la potestad de aplicar las normas jurídicas en los juicios civiles, penales contencioso-administrativos y laborales, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado por sí mismos o por medio de órganos directamente subordinados.

También deberá confiarse exclusivamente a los Tribunales el conocimiento y la ejecución en materia de peligrosidad y rehabilitación social.»

4.ª Los profesores reafirman la necesidad de la unidad jurisdiccional.

Deben fijarse exhaustivamente, tanto desde el punto de vista penal como procesal, los límites de la jurisdicción militar en tiempos de paz.

La *vis attractiva* de la jurisdicción ordinaria debe manifestarse al máximo, tanto por razón de las personas como de los actos y lugares.

La jurisdicción militar sólo podrá conocer excepcionalmente de los delitos que la Ley considere esencialmente graves para el orden social.

En estos casos, el proceso militar deberá contener las mismas garantías fundamentales que los de la jurisdicción ordinaria.

5.^a Se reafirma la necesidad de que los Tribunales se sujeten al principio de legalidad, tanto en el aspecto procesal como en el material.

Es deseable la instauración de un Tribunal de carácter judicial para la fiscalización de la constitucionalidad de las Leyes.

Asimismo deben establecerse procesos rápidos, que amparen y garanticen los derechos fundamentales de la persona.

6.^a Los profesores reafirman la necesidad de concretar y afianzar el principio del juez legal o natural, de la imparcialidad, de la independencia objetiva y subjetiva de los jueces, con las correspondientes inamovilidad y responsabilidad judiciales.

7.^a Merece especial atención el estudio y la reelaboración de la normativa sobre las funciones del Secretariado y de la organización y retribución del personal auxiliar de la Administración de Justicia.

Se propugna la adscripción a los Tribunales de una plantilla de funcionarios de policía de modo permanente y exclusivo a las órdenes directas de cada órgano jurisdiccional.

8.^a Ante el hecho de que en las diversas Leyes de enjuiciar se contienen regulaciones de una misma materia, se han propuesto dos soluciones para evitar estas innecesarias reiteraciones legislativas: Ley Procesal General o inserción de dichas regulaciones en la Ley Orgánica, bajo el epígrafe «Normas de actuación de los Tribunales», aprovechando lo que sobre ello se contiene actualmente en la expresada Ley.

En cuanto al segundo tema:

9.^a Los profesores declaran, con sentido realista, que las disposiciones últimamente dictadas sobre peligrosidad y rehabilitación social no pueden ser puestas en práctica con la garantía de alcanzar los trascendentales fines que se proponen, por faltar la necesaria base orgánica y por la carencia de unos medios personales, técnicos y materiales, sin los cuales la aplicación de las mismas podría conducir a resultados contrarios a los que están llamadas a conseguir.

10.^a Los profesores han acordado que la próxima Reunión se celebre en la Universidad de Navarra.

Valencia, 6 de mayo de 1972.

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

Catedrático de Derecho Procesal.
Presidente de la VIII Reunión

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

6. EE INSCRIBIBLE, SIN EL REQUISITO DE LA AUTORIZACIÓN DEL INSTITUTO DE MONEDA EXTRANJERA, UNA ESCRITURA DE HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN EXTRANJERO QUE ACREDITA LA CONDICIÓN DE RESIDENTE EN LA FECHA DE OTORGAMIENTO, AUNQUE LA HIPOTECA GARANTICE UN RECONOCIMIENTO DE DEUDA DE CANTIDAD RECIBIDA ANTERIORMENTE Y NO SE DETERMINE LA FECHA DEL RECIBO, PORQUE AQUELLA AUTORIZACIÓN NO LA NECESITAN LOS EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA Y NO SE PUEDE, EN BASE A CONJETURAS QUE NO SE HAN TRADUCIDO EN PRUEBA POSITIVA, EXCLUIR A ÉSTOS DEL PRINCIPIO GENERAL DE EQUIPARACIÓN JURÍDICA CON LOS ESPAÑOLES.

Resolución de 7 de junio de 1972 («B. O. del E.» de 4 de julio).

Antecedentes de hecho.—En escritura otorgada en Barcelona, ante su Notario don Angel Martínez Sarrión, el 24 de enero de 1969, doña Ana Hermann Neuhaus reconoció adeudar a don Jean Tremoulet, de nacionalidad francesa con tarjeta de residencia en Barcelona, de 25 de octubre de 1968, la cantidad de un millón de pesetas, en garantía de cuyo pago, intereses al 6 por 100 y 300.000 pesetas para costas y gastos, constituyó hipoteca sobre dos fincas en San Cugat del Vallés.

La escritura fue calificada en el Registro de la Propiedad de Tarrasa con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que precede, por no acreditarse la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, exigida por la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, Decreto de 24 de noviembre de 1939, Orden Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado de 30 de julio de 1947 y Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954, y otras complementarias; toda vez que el acreedor hipotecario, de nacionalidad francesa, si bien se dice es residente en Barcelona, su tarjeta de residencia es de fecha 25 de octubre de 1968, menos de tres meses anterior a la fecha de la escritura, 24 de enero de 1969, diciéndose en ésta que la deudora reconoce adeudar un millón de pesetas que tiene recibidas con anterioridad a la escritura, debiendo, por tanto, justificar el recibo de dicha cantidad en la forma prevenida en el caso a) de la citada resolución del Instituto citado. Se califica este defecto como subsanable, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse.»

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la calificación alegando: Que anteriormente se había presentado el documento y solicitado el asiento temporal que establece el párrafo 3 del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, no accediéndose a ello por el Registrador; que las disposiciones dictadas para extranjeros y ampliadas por analogía a los españoles que residan fuera del país, no son aplicables a los extranjeros residentes en España que consuman la moneda generada en sus relaciones civiles en el interior del territorio nacional, sin que tengan limitación alguna en el vigente régimen jurídico, y que la condición de residente se concede por el Ministerio de la Gobernación, tras determinar tiempo de permanencia en el país, por un plazo de dos años, prorrogable en forma similar a los pasaportes, quedando acreditada por el plazo de vigencia de la tarjeta, que no contiene indicación alguna respecto al tiempo que cubre.

El Registrador informó: Que en los recursos gubernativos sólo pueden ser discutidas las cuestiones relacionadas directa e inmediatamente con la calificación, sin que sea aplicable al caso el artículo 98 del Reglamento, ya que el asiento a que se refiere no fue oportunamente solicitado; que se funda especialmente en la Resolución del I. E. M. E. de 28 de mayo de 1954, según la cual, en el caso a que se refería, era necesaria su autorización, por cuanto debía comprobarse el precio confesado recibido con anterioridad, aclarando el origen y circunstancias de la deuda contraída; que resulta extraño que no se solicitase la autorización dadas las facilidades existentes para pedirla y concederla; que la tarjeta de residencia lleva fecha tres meses anterior al otorgamiento de la escritura y habiéndose entregado el préstamo previamente a la formalización de la hipoteca era necesario, de acuerdo con la mencionada Resolución, acreditar que dicha residencia era cierta en el momento de recibir dicho capital, extremo que hubiese sido fácil justificar con certificación del Organismo competente, y que el recurrente no cita disposiciones legales en apoyo de su tesis y el Registrador debe atenerse a las normas vigentes que no hayan sido derogadas por otras posteriores.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador conforme a los siguientes razonamientos: Que es principio general del Derecho Internacional la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros desde la época de la Codificación; que el artículo 27 del Código le consagra y sólo admitirá excepciones concretas sin que pueda ser interpretado restrictivamente; que el mismo criterio igualitario inspira el artículo 15 del Código de Comercio; que el sentido expansivo del artículo 27 inclina a interpretar con suavidad y generosamente normas limitativas anteriores, que por razones ocasionales al tiempo de su promulgación reclamaban

inicialmente una aplicación más rígida; que superiores intereses públicos concretados al orden monetario hicieron necesaria la promulgación de normas restrictivas de la capacidad de los extranjeros, como la Ley de 24 de noviembre de 1938, de la que emana la previa autorización del I. E. M. E. para los préstamos en pesetas otorgados por extranjeros (artículo 1, núm. 17) y para la adquisición de inmuebles también para extranjeros (art. 1, núm. 18); pero estas prescripciones, muy atenuadas en la actualidad como consecuencia de la política de mayor liberalidad y del feliz resultado en el desarrollo del plan de estabilización—como se recoge en las Resoluciones de aquel Instituto de 19 de julio y 28 de agosto de 1961, transcrita ésta en la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de octubre del propio año—, no afectan al extranjero residente en España, pues éste, en el aspecto de la normativa proteccionista de nuestra moneda, goza de una libertad de contratación no interferida, en lo que se examina, por exigencia de autorizaciones; que conceptuada la residencia a tales efectos como la surgida en virtud de la discrecional autorización gubernativa (conforme al Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, arts. 4 y 5, y arts. 13, 14 y 17 del Decreto de 4 de octubre de 1935, reformado por el de 2 de julio de 1954), tendrá que entenderse para decidir el trato jurídico aplicable al extranjero que es residente el que ha obtenido autorización gubernativa y, en consecuencia, suponer en el extranjero con la citada autorización de residencia una capacidad no restringida en el orden examinado de la interferencia estatal en el tráfico privado, regla que, por la naturaleza de excepción de las restricciones, por el carácter expansivo del principio de igualdad y por el designio de favorecer la libertad de relaciones y la eficacia de los actos, conduce sin vacilaciones a una plena aplicación al extranjero con autorización de residencia del régimen previsto para los nacionales, aplicación que cederá en favor de la norma restrictiva cuando conste que la operación financiera se realizó en época o bajo una condición jurídica del extranjero que requerían el control del I. E. M. E. Continúa y termina la fundamentación del Auto presidencial refiriéndose a la interpretación teleológica, a la que con mucha frecuencia se remite el Tribunal Supremo, mencionando en especial las Sentencias de 26 de noviembre de 1929 (no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del texto legal como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad, usando el Juzgador la adecuada y justa flexibilidad de criterio que le permita acomodarse a las circunstancias especiales del caso), de 27 de junio de 1941 (no encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin el empleo de los demás elementos racionales históricos y sistemáticos que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la normal) y la de 24 de enero de 1970 (necesidad de agregar al elemento gramatical y lógico el sociológico, integrado por una serie de factores—ideológicos, morales y económicos—que revelan y plasman las necesidades y espíritu de la comunidad en cada momento histórico).

La Dirección General (1) acuerda confirmar el Auto, apelado por el Registrador, que revocó la nota, sentando la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Autorizada una escritura de préstamo con garantía hipotecaria tres meses después de que al acreedor hipotecario—de nacionalidad extranjera—se le concediese por el Ministerio de la Gobernación la tarjeta de residente en España, y confesándose en la

(1) Vistos: Los artículos 27 del Código Civil, 15 del Código de Comercio, la Ley de 24 de enero de 1938, los Decretos de 17 de noviembre de 1952, 4 de octubre de 1935, 24 de noviembre de 1939, 2 de julio de 1954 y 27 de julio de 1963, y las Resoluciones y Circulares del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954, 19 de julio y 28 de agosto de 1961 y 7 de agosto de 1968.

mentcionada escritura que la cantidad prestada se había recibido con anterioridad al acto de otorgamiento, la cuestión que plantea este recurso consiste en determinar si será o no necesario para inscribir la mencionada hipoteca la autorización del Instituto de Moneda Extranjera aprobando el acto de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Delitos Monetarios y en los artículos 5 y 1 del Decreto de 24 de noviembre de 1939.

Tanto el artículo 27 del Código Civil como el 15 del Código de Comercio establecen el principio general de que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo que en Tratados o en Leyes especiales se haya dispuesto que para determinados actos esto no tenga lugar, excepciones que en cada caso o supuesto habrán de ser interpretadas para su aplicación, siempre teniendo en cuenta el principio general y el alcance que por el legislador se haya querido dar al caso singular contemplado.

La Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 y el Decreto de 24 de noviembre de 1939 exigen para la realización de los actos enumerados en estas disposiciones legales la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, lo que propiamente no viene a constituir una excepción al principio general de igualdad antes indicado, puesto que su contenido afecta lo mismo a españoles que a extranjeros, ya que lo que cualifica la especial situación de sometimiento a estas disposiciones legales es la residencia o no dentro del territorio español y no la condición de nacional.

Al faltar uno de los presupuestos esenciales para que el acto realizado quede incluido dentro de los que deben solicitar la autorización del Instituto Español de Moneda, no parece necesaria su obtención, máxime cuando toda disposición prohibitiva o limitativa ha de procurar interpretarse en sus justos términos y no en forma extensiva, lo que supondría ampliar su campo de aplicación a supuestos no comprendidos en el texto legal, pero dado que se alega por el funcionario calificador la posibilidad de que por la proximidad en el tiempo pudiese ser necesaria la mencionada autorización, tal y conforme apuntó la Resolución del mismo de 28 de mayo de 1954, convendrá examinar esta última cuestión por si ello pudiese influir o alterar lo hasta ahora indicado.

La condición de residente, regulada en los Decretos de 4 de octubre de 1935 y 2 de julio de 1954, se concede por el Ministerio de la Gobernación a virtud de solicitud del extranjero que pretende continuar en España más allá de la permanencia temporal cubierta por el visado de su pasaporte y supone la plena aplicación al extranjero del régimen previsto para los mismos, sin que pueda, en base a conjeturas que no se han traducido en una prueba positiva de que así ha sucedido, aplicársele un régimen de control por parte del Instituto Español de Moneda Extranjera del que, en principio, se encuentra excluido por las propias disposiciones de la Ley de Delitos Monetarios, y a mayor abundamiento hay que tener también presentes los llamados Decretos de liberalización de 1959, que dulcificaron en esta materia el rigor hasta entonces existente sobre la cuestión, y que el propio Instituto Español de Moneda Extranjera lo manifiesta cuando en su Circular número 248, de 7 de agosto de 1968, dictada para la Banca delegada, establece los casos en que se considera a una persona residente o no residente para sólo a estas últimas aplicar el régimen de excepción.

COMENTARIO.—Creo que el problema básico del caso planteado a la Dirección con este recurso aparece suficientemente claro y sobradamente desmenuzado en la nota calificadora y en el informe del Registrador, en las alegaciones del Notario recurrente y en especial en los razonamientos del Auto presidencial.

Por lo mismo, creo que los considerandos de la Resolución apenas

necesitan aclaración ninguna sobre la acertada doctrina que sientan. El Registrador estuvo acertado en su reparo, que indudablemente tiene su claro fundamento; pero la Dirección también ha estado acertada en su fallo, pues de haber resuelto lo contrario, el control del I. E. M. E. se extendería por igual a residentes y no residentes en España, al amparo de que cualquier acto realizado por un residente pudiese derivar más o menos directamente, en forma más o menos encubierta, de otros actos realizados antes de la legalización de su residencia en España. Si los intereses de la economía y moneda nacionales exigiesen un planteamiento más receloso del problema del tiempo anterior (o inmediatamente anterior) a la fecha de la tarjeta de residente, es lógico que se dicten disposiciones claras, del rango oportuno, para desvirtuar el principio *tempus regit actum*, que aplicado a nuestro supuesto obliga a considerar acto de un residente en España al otorgado después de obtenida tal condición.

Aunque los considerandos de la Resolución y, aún más, el Auto presidencial insistan, acaso con exceso, en el principio de igualdad de nacionales y extranjeros y en la interpretación restrictiva de todas las normas limitativas de tal principio, y aunque tales alegaciones contribuyan a reforzar la opinión favorable a la inscribibilidad de la escritura cuestionada, la verdad es que el problema estaba centrado en si había de aplicarse o no el criterio de la Resolución del I. E. M. E. de 28 de mayo de 1954, partidario de remontarse a la fecha y las circunstancias de la entrega del dinero. La Dirección acoge el contrario de no ser permisible entrar en el pretérito de la escritura sometida a la calificación, que está otorgada cuando el acreedor hipotecario, señor Tremoulet, tenía ya la condición de residente en España.

Por eso, aunque todo el contenido de la Resolución, especialmente el Auto del Presidente de la Audiencia, en cuanto busca la interpretación restrictiva del control por el I. E. M. E., es interesante y útil para fundamentar el fallo, creo que todo el «quid» de la cuestión está en el último considerando, cuando decide que no procede aplicar dicho control «en base a conjeturas que no se han traducido en una prueba positiva». Las conjeturas que, sin traducirse en prueba positiva, excluye el considerando son, naturalmente, las que conducen al Registrador a estimar que el señor Tremoulet era, o podía ser, no residente todavía, en el momento de la entrega del dinero causa del reconocimiento de deuda garantizado por la hipoteca.

La nota de calificación es un tanto imprecisa, porque comenzando por estimar como defecto el no acreditarse la autorización del I. E. M. E., termina por afirmar que el defecto consiste en no justificarse el recibo de la cantidad objeto de la deuda reconocida en la escritura. A pesar de todo, la creo suficientemente expresiva de la intención del Registrador, consistente en dejar al interesado en la alternativa de presentar la autorización del Instituto o justificar en forma cumplida (aunque debió matizar más tal justificación) que el recibo de dicha cantidad se hizo con posterioridad a la fecha de la tarjeta de residencia o de la residencia efectiva en España.

El Registrador pretendía una justificación de la fecha del recibo de la cantidad posterior a la de obtención de la cualidad de residente, por entender que sin ella debía presumir el recibo como anterior a la tarjeta de residencia velando por el interés del I. E. M. E. en controlar los negocios de los no residentes. La Dirección ha rechazado tal presunción estimando que el Registrador hacía meras conjeturas improcedentes, pero acaso haya menospreciado un tanto el problema al resolverlo en forma tan expeditiva con argumentación que está a dos pasos de la petición de principio.

La Dirección no dice que el Registrador deba limitar su calificación a la hipoteca (derecho real) claramente constituida cuando el acreedor ya era residente. Tampoco afirma que en la hipoteca en garantía de un reconocimiento de deuda, no es la deuda reconocida, sino el reconocimiento mismo, lo que la hipoteca garantiza, y por ello, la calificación registral no puede ir más atrás del reconocimiento. Pero acaso el cuarto considerando debió entrar decididamente en estas y otras graves cuestiones para rechazar con mejor fundamento la tesis del Registrador, que dice ser coincidente con la Resolución del I. E. M. E. de 28 de mayo de 1954.

Existe en la doctrina del negocio jurídico un pasadizo mal iluminado que, sin embargo, puede ser muy útil para evitar perderse en estériles discusiones en torno al negocio abstracto: el pasadizo entre el tema del negocio abstracto, tal como quedó planteado por Otto Bähr en 1855, y el tema de la formalización o documentación del negocio, tal como fue iniciado en 1887 por Degenkolb. FEDERICO DE CASTRO, fiel a su idea de que causa y forma no son sino dos requisitos para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad, de los cuales la causa va, y debe ir, sustituyendo al más simple y basto de la forma, estudia la documentación del negocio inmediatamente a continuación de los epígrafes dedicados a fulminar el negocio abstracto. La aproximación de dos temas, que suelen examinarse por separado, acaso sirva para poder huir de posiciones exageradas en la materia.

Como dice DE CASTRO, la doctrina alemana y suiza, después de expulsar la causa por la puerta, la han hecho entrar por la ventana (presuposición, base del negocio). En cambio, un influyente sector de la doctrina italiana trata de arrojar por la ventana la causa, que había entrado por la puerta grande del Código (2). Igual se van calmando los ánimos fuera de España en la polémica sobre el negocio abstracto a partir del momento en que los alemanes admiten que hay diversos grados de abstracción. Pero nosotros seguimos propensos a modas y exageraciones. Se exageró mucho llevando literalmente la doctrina alemana a los considerandos de alguna Sentencia que necesitaba partir de un cierto grado de abstracción del negocio; pero posiblemente exageran ahora también CASTRO y todos los causalistas españoles en sus acerbas críticas al negocio abstracto y a la teoría «insular» de la escritura pública de NÚÑEZ LAGOS. Lo malo del negocio abstracto no es ser producto de un afán desmesurado de construcción jurídica, propio de la jurisprudencia conceptual pandectística, como injustamente suele ahora afirmarse, sino el haber pasado a ser término de una clasificación de los negocios jurídicos. El jurista, como el botánico, se encuentra en el constante dilema de que sin definiciones y clasificaciones no puede pensar; pero al propio tiempo, las clasificaciones y definiciones le constriñen el pensamiento. El negocio abstracto no es una clase opuesta a la de negocio causal, sino un aspecto existencial del negocio jurídico que aparece en cualquier declaración de voluntad en cuanto, en cierto sentido, se necesita aislarla, independizarla de sus precedentes y motivaciones por razones de seguridad, fijeza, eficacia, etc.

Uno de los argumentos más serios contra el negocio abstracto en el Derecho español reside en la afirmación de que la tasa de excepciones en nuestro juicio ejecutivo no se funda en el negocio abstracto, sino que la Ley de Enjuiciamiento se limita a establecer una lista taxativa de excepciones (art. 1.464) con miras a obtener cierta simplificación procesal, pero sin evitar que dentro del mismo juicio ejecutivo pueda discu-

(2) Emplea aquí CASTRO precisamente la misma expresión que empleó WINDSCHEID cuando después que en la segunda lectura del Proyecto de B. G. B. se dejó fuera su teoría de la presuposición (*Voraussetzung*), pronóstico que ésta, *arrojada* por la puerta, volverá por la ventana FEDERICO DE CASTRO, *El negocio jurídico*, 1967, págs. 174, 175 y 322.

tirse la nulidad de todo lo actuado por razones basadas en el precedente causal (art. 1.467), desconociendo así nuestra legislación el efecto procesal típico del negocio abstracto. Posiblemente esto no sea tan sencillo y simple, porque está claro que si ambos preceptos se interpretan muy generosamente, el juicio ejecutivo sobra en la Ley; pero es que, además, el aspecto abstracto del negocio jurídico tiene un juego más amplio y rico que el delimitado por el juicio ejecutivo.

Prueba de ello es el caso sometido al juicio de la Dirección General en el recurso que comentamos, en el que el argumento decisivo, se quiera o no, es que el Registrador tenía que admitir cierto grado de abstracción en el negocio de constitución de hipoteca para excluir con toda tranquilidad la licencia del I. E. M. E.

ROCA dice que en nuestro sistema la hipoteca es un derecho real de garantía accesorio de una obligación, en la existencia de la cual radica la causa de la hipoteca, y por ello en el título se hará referencia a la obligación garantizada. Se muestra disconforme con la doctrina de la Resolución de 31 de julio de 1928 y con las opiniones de URCISINO ALVAREZ y LACRUZ, favorables a una somera o nula calificación registral de la causa del negocio (3). Pero debemos tener en cuenta que si la hipoteca se constituye en garantía de un reconocimiento de deuda y si éste tampoco puede construirse como abstracto en el Derecho español, deberá contener la escritura todo el precedente del reconocimiento de deuda hasta su origen más remoto, lo cual no entra en los usos y formularios notariales. Sea por el camino de la abstracción de la causa o sea por el de la fuerza constitutiva, dispositiva y confesoria de la escritura de reconocimiento de deuda, es obligado llegar a la consecuencia de que el Registrador debe tener un límite en la calificación de la causa y de los precedentes del acto presentado a inscripción, porque de otra manera, y exagerando algo, se vería en la obligación de recelar de que cualquier hipoteca en garantía de un reconocimiento de deuda pudiese derivar remotamente, a través de los enlaces causales, de un negocio concertado cuando era menor de edad el hipotecante.

No aparece en la Resolución el texto literal de la cláusula de reconocimiento de deuda, pero suponemos que sería totalmente inexpresivo de la fecha y causa de la misma. El caso, desde el punto de vista causalista, es igual al de una compraventa con precio confesado recibido con anterioridad, aunque otra cosa nos parezca por considerar causal la compraventa, despreocupándonos de que, conforme al artículo 1.274, la causa para el vendedor es la prestación (o la promesa) del precio y no su propia confesión de haberlo recibido con anterioridad. En ambos casos, la calificación de la causa por el Registrador tiene que ser, necesariamente, un tanto limitada. El informe del Registrador habla de préstamo y de momento de recibir dicho capital, pero no queda claro en los resultandos qué certificación pretendía el Registrador para acreditar que la «residencia era cierta en el momento de recibir dicho capital».

Posiblemente, la Dirección haya estado acertada en no complicar su Resolución entrando en el delicado tema del negocio abstracto, y en el, no menos delicado, de la escritura de reconocimiento de deuda. Acaso vo sufra despiste al traerlos aquí a colación, pero es que creo que no se debe perder ninguna ocasión de aportar datos sacados de la vida jurídica real, a los teóricos entregados al estudio de las «grandes cuestiones», para evitar que se olviden de las menudencias de cada día, que, en definitiva, son las que interesa resolver.

T. C. G.

(3) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II, 1968, págs. 98, anteriores y siguientes

REGISTRO MERCANTIL

4. SOCIEDAD ANONIMA: ESCRITURA DE MODIFICACION ESTATUTARIA Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR UNICO SIN PLAZO DE ACTUACION.—LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS SÓLO HA QUERIDO LIMITAR LA VIGENCIA DEL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES HECHO EN EL ACTO CONSTITUTIVO, SEÑALANDO AL EFECTO UN PLAZO DE EJERCICIO NO SUPERIOR A LOS CINCO AÑOS, AUNQUE PUEDAN SER INDEFINIDAMENTE REELEGIDOS.

Resolución de 8 de junio de 1972 («B. O. del E.» de 2 de julio).

A) *Antecedentes de hecho.*—En Junta universal se acordó modificar los Estatutos y nombrar Administrador único de la Sociedad a don Fernando Beya Rodríguez, facultando a doña María Antonia Colomer Marqués para que en nombre y representación de la Sociedad llevase a efecto los anteriores acuerdos, otorgando los documentos públicos o privados necesarios o convenientes. En cumplimiento de dicha autorización, se otorgó ante Notario la correspondiente escritura por la que se elevaban a públicos los acuerdos mencionados, sin que en ningún sitio se determinase el plazo de duración del nombramiento efectuado.

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que antecede, por no constar determinado el plazo de actuación del Administrador que se nombra ni de los acuerdos tomados por la Junta en que se designa, ni de los Estatutos sociales, y ser tal requisito indispensable, a tenor del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. No se ha solicitado anotación preventiva.

Don Fernando Beya Rodríguez, en nombre propio y como Administrador de «Tomás Colomer, S. A.», interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a los Administradores designados en el acto constitutivo, mas sin hacer mención para nada del plazo de duración de los designados posteriormente; que el antecedente jurisprudencial, más en consonancia con el problema planteado, lo constituye la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1956, que se pronuncia negativamente sobre el nombramiento con carácter indefinido de los Administradores, fundándose en el respeto a los derechos de las minorías, en el supuesto de existir órgano colegiado de administración; que los argumentos de la mencionada Sentencia son de manifiesta fragilidad, sobre todo teniendo en cuenta que por otros medios protegidos por la Ley puede llegarse a idénticos resultados que los pretendidos con los nombramientos indefinidos o vitalicios, por lo

que el requisito-garantía del plazo determinado debe estimarse inútil e innecesario; que la Dirección General de los Registros, en su Resolución de 18 de abril de 1958, se limita a tipificar el supuesto con lo previsto en el párrafo primero del artículo 72; que la cuestión que debe resolverse en el presente recurso se plantea en términos distintos a los examinados, que se refieren al nombramiento de Administradores designados conjuntamente, mientras que en el presente caso se trata del nombramiento indefinido de un Administrador único; que si el argumento central de la doctrina del Tribunal Supremo, opuesta al nombramiento de Administradores con carácter indefinido, es el respeto a los derechos de las minorías, regulado en el artículo 71, cuando tal derecho no existe por no ser colegiado el órgano de administración, no se comprende cuáles puedan ser los argumentos que ampararían el cumplimiento de un requisito inútil; que se establezca o no plazo de duración del ejercicio del cargo, el nombramiento de Administrador es esencialmente temporal al poder revocarse, sin que deba existir obstáculo a que la Junta haga los nombramientos por tiempo indefinido o mediante la fórmula de que subsistirán mientras no sean revocados por la Junta general, y que, como es sabido, este derecho de suspensión de los Administradores no puede limitarse o condicionarse a la existencia de un *quorum* reforzado (Sentencia de 31 de mayo de 1957).

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación con los siguientes fundamentos: Que la jurisprudencia española, después de algunas vacilaciones, interpretando adecuadamente el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, parece haberse orientado hacia el criterio europeo de exigir la fijación de un plazo limitado para el desempeño del cargo de Administrador; que es pieza esencial de dicha orientación la citada Sentencia de 1956, aludida sólo parcialmente por el recurrente; que, ciertamente, parte de la doctrina mantuvo el mismo criterio que el recurrente, pero a partir de la referida sentencia, agudamente analizada por un ilustre jurista, pocas dudas quedan sobre la ruta trazada que prácticamente es seguida por todos los tratadistas; que el hecho de que la Ley y la jurisprudencia acentúen su actuación en los casos de Sociedades con Consejo de Administración es sumamente natural, dado que constituyen no sólo el prototipo, sino también las más numerosas y las de mayor importancia, más detalladamente reguladas y con más complejos problemas; que la *ratio legis* o argumentos utilizados en el considerando cuarto de la sentencia de 1956, respecto a la conveniencia de evitar violencia en el relevo, no sólo son perfectamente aplicables, sino también de mucho valor en las Sociedades con Administrador único; que tanto la Ley como la jurisprudencia y la doctrina distinguen con perfecta nitidez el término genérico de Administrador y el específico de miembro del Consejo o Administrador mancomunado, requiriéndose el plazo determinado para el Administrador en general; que el hecho de que se puedan obtener resultados análogos a los de un nombramiento indefinido, mediante otros procedimientos, no dejan de ser impugnables, pues los Tribunales de Justicia, a su libre discreción, pueden apreciar la infracción producida, y que es función de la jurisprudencia aclarar con la luz de la *ratio legis* las normas incompletas o dudosas, como ocurre en el presente caso.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.* La Dirección General revoca el acuerdo y la nota del Registrador en virtud de la siguiente doctrina:

Vistos los artículos 11, 71, 72, 73 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1956.

La cuestión planteada se reduce a resolver si es inscribible el nom-

bramiento de Administrador único sin plazo de actuación, hecho por la Junta de la Sociedad Anónima, cuyos Estatutos modificados admiten aquella forma unipersonal de gestión activa de la Sociedad o, por el contrario, el carácter indefinido de tal nombramiento contradice el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Cualesquiera que sean las razones que, en efecto, existan para dar facilidades a la posible sustitución del cargo de Administrador de las Sociedades, protegiendo los derechos de los socios, y especialmente de las minorías, lo cierto es que de una manera que hace violenta toda interpretación, la Ley de Sociedades Anónimas sólo ha querido limitar y ha limitado—al tiempo que asegurado—la vigencia del nombramiento de Administradores hecho en el acto constitutivo, señalando al efecto un plazo de ejercicio no superior a los cinco años, aunque puedan ser indefinidamente reelegidos, saliendo al paso de un posible enquistamiento y vinculación a esa gestión que, por su carácter estatutario, resulta más rígida, pues exige para su modificación unos *quorums* especiales.

Por lo demás, el carácter de Administrador, único o formando parte de un Consejo, siempre es temporal y revocable *ad nutum* por la Junta, y más todavía cuando no se señala plazo para su ejercicio, el cual, por otra parte, podía ser extremadamente largo y hacer inoperantes los fundamentales principios de temporalidad y revocabilidad del cargo.

Ni el derecho de las minorías, regulado en el artículo 71, juega en este supuesto de Administrador único ni tampoco las prudentes motivaciones aludidas por nuestro más alto Tribunal en singular Sentencia de 3 de mayo de 1956—como son la mayor libertad de movimientos de la Junta ya una mayor sinceridad de la misma ante una renovación parcial de carácter estatutario—parece que puedan, como dice el recurrente, «pretender la exigibilidad de un requisito, que no entraña tutela o reconocimiento de derechos u obligaciones», y que la expresiva redacción del artículo 72 denuncia haber sido deliberadamente silenciado por la Ley.

COMENTARIO.—La cuestión planteada se reduce a resolver si es inscribible el nombramiento de Administrador único sin plazo de actuación hecho por la Junta de una Sociedad Anónima cuyos Estatutos modificados admiten aquella forma unipersonal de gestión activa de la Sociedad o, por el contrario, el carácter indefinido de tal nombramiento contradice el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Antes de entrar en el examen concreto de la misma es conveniente destacar que se hayan señalado o no plazos de actuación a los Administradores—scan éstos únicos o colegiados—queda siempre a salvo la potestad de la Junta para revocar su nombramiento, y ello, en definitiva, porque es siempre la Junta la que efectúa su designación. Así, el artículo 15 de la Ley, y respecto de todo tipo de fundación social, nos dice que «los nombrados deberán someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre», añadiendo el artículo 71 que «el nombramiento de los Administradores y la determinación de su número corresponde a la Junta general», y análogo criterio mantiene el artículo 75 respecto de la separación. Pero aquí surge otro problema conectado con el anterior, determinar el criterio que habrá de seguirse cuando sean los propios Estatutos los que efectúan la designación de Administradores. Parece, en principio, que si se admite la posibilidad de que los Estatutos contengan el nombramiento de Administradores, será necesaria la previa modificación estatutaria para proceder a su separación. No obstante, y pese a la dicción literal del artículo 102, *h)*, del Reglamento del Registro Mercantil, relativo a la exigencia de expresar «quién o quiénes» ostentan la representación de la Sociedad si no

existiere Consejo de Administración, creemos que tal situación no puede darse, ya que lo que la Ley persigue es regular exclusivamente los órganos de administración y representación y nunca exigir la mención específica de las personas que pasen a desempeñar tales cargos. Este parece ser el sentido del artículo 11, 3, *h)*, de la Ley, que al fijar el contenido de los Estatutos habla de la designación del «órgano u órganos» que habrán de ejercer la administración indicando quién (cuál de ellos) ostenta la representación de la Sociedad. Otra cuestión, ahora marginal, pero que reviste gran importancia tratándose de Administrador único, es la de si pueden disociarse las facultades de administración y representación que le son propias. El criterio de la Ley—art. 11, 3, *h)*—, antes expresado, se muestra con toda claridad respecto del órgano colegiado—Consejo de Administración—, pero nada nos dice, y creemos que no hace falta, en cuanto al Administrador único, ya que el sentido de la Ley es considerar al Administrador de todo tipo como el órgano cuya misión específica consiste en la gestión y representación de los negocios sociales, y esta dualidad de actuación—gestión interna y representación—es a la que se refiere la Ley en la sección 2 del capítulo IV, «Órganos de la Sociedad», cuando trata «De los Administradores»—arts. 71 y sigs.—y de los apoderamientos que éstos pueden conferir a cualquier persona—art. 77, 1—(1).

Las consideraciones anteriores nos llevan a que podamos partir de la preeminencia de la Junta General para la designación de los Administradores, y tras ello pasamos al examen concreto de la cuestión planteada en el sentido de resolver, como problema antecedente, si es o no necesario que en la constitución de la Sociedad se especifique el plazo de actuación de los Administradores, y la cuestión posterior, de si puede la Junta de una Sociedad Anónima proceder al nombramiento de Administrador si especificar plazo de actuación.

Ni en la Ley ni en el Reglamento del Registro Mercantil se exige la especificación del plazo de actuación de los Administradores. Aquella contempla el supuesto de funcionamiento del Consejo de Administración y atendiendo al carácter temporal y revocable de sus miembros requiere que se determine «el modo de proveer las vacantes que se produzcan—art. 11, *h)*—; evita en las situaciones normales el cambio total del Consejo al hablar «de que su renovación sólo podrá hacerse parcialmente»—art. 73—, y establece la limitación en su artículo 72 de que «los administradores designados en el acto constitutivo no podrán ejercer su cargo por un período mayor de cinco años, y podrán, sin embargo, ser indefinidamente reelegidos». El Reglamento se limita a reiterar los postulados de la Ley.

Así, pues, en la constitución social puede ocurrir:

- Que se fije plazo de actuación, que nunca podrá ser superior a cinco años.
- Que no se fije plazo de actuación. En este caso y ante el silencio, los Administradores sólo podrán desempeñar válidamente su cargo por el expresado plazo de cinco años, ya que en este sentido desempeña la limitación del artículo 72.

(1) LUIS SUÁREZ LLANOS, en *Rev. Dcho. Mercantil*, pág. 47, núm. 85, 1962. "Sobre la distinción entre administración y representación de Sociedades Mercantiles", nos dice que no puede haber en una Sociedad Anónima un Consejo de Administración que no sea al propio tiempo representante nato de la Sociedad. Sólo cuando no exista Consejo de Administración, es decir, cuando exista un solo administrador o haya administradores solidarios, los Estatutos y la Junta General son libres para decidir sobre la representación de la Sociedad. Ahora bien, esta libertad debe venir entendida en el sentido de poder válidamente excluir de la esfera de competencia de uno o varios administradores la facultad de representar válidamente a la Sociedad en sus relaciones con terceros, siendo inadmisibles en el caso de administración unipersonal el que se pueda cercenar al administrador único las facultades de representación social.

Pero en tal supuesto, es inscribible la constitución de la Sociedad o habrá que calificar la falta de constancia del plazo de actuación de los Administradores como defecto que impida la inscripción. Realmente, el hecho de no expresarse el plazo no permite deducir que éste no exista, puesto que la finalidad de la Ley es patente, impedir que la voluntad de los fundadores invista de perpetuidad a quienes vayan a ser Administradores sociales; por eso establece la limitación señalada, de la que se desprende que ante el silencio de los Estatutos se aplica el tope máximo. Y con esto desembocamos en la última de las cuestiones a considerar, la de si es inscribible el nombramiento de Administrador único sin plazo de actuación, realizado por la Junta de una Sociedad Anónima.

Como hemos visto, es indudable la preeminencia de la Junta para la designación de Administrador. También se ha considerado que la constancia del plazo no es requisito exigido por la Ley ni el Reglamento y que en caso de no consignarse tendrá lugar la aplicación del legal de cinco años, por lo que el problema queda reducido a determinar si pueden tener acceso al Registro Mercantil tales designaciones o nombramientos. No vemos obstáculo para ello, ya que el supuesto de nombramiento de Administrador sin plazo de actuación es, en definitiva, una designación que quedará sin efecto por el transcurso del plazo legal de cinco años, transcurridos los cuales, y con arreglo al precedente que supone el artículo 130 del Reglamento del Registro Mercantil, el Registrador extenderá, al margen del asiento, la oportuna nota de cancelación por caducidad.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS,
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO: PREVALECEN LOS ACTOS ADQUISITIVOS DE FECHA ANTERIOR. TERCERÍA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1971).

Hechos.—Don Saturnino compró en escritura pública una finca libre de cargas inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de los tres vendedores. Dicha escritura se presentó en el Registro, pero fue retirada para tramitar en otra Oficina la liquidación del Impuesto de Transmisiones, con lo que se produjo la caducidad y cancelación del asiento de presentación. Entonces tuvieron lugar unas anotaciones preventivas de embargo sobre la finca por deudas de los vendedores, partiéndose en el juicio ejecutivo de que la finca pertenecía a éstos. Don Saturnino inscribe, por fin, su escritura de adquisición, pero en ese momento la finca está gravada con las anotaciones de embargo, por lo que ejercita la demanda de tercería de dominio solicitando la cancelación de las citadas anotaciones.

El Juzgado de Primera Instancia de Plasencia estimó la demanda de tercería, pero su sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que valora una carta privada de uno de los vendedores dirigida a uno de los acreedores con un alcance mayor que la escritura pública de venta.

El demandante interpone recurso de casación por error de derecho en la apreciación de aquella prueba privada y por no haberse tenido en cuenta su escritura pública de adquisición.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara haber lugar al recurso, revocando la sentencia de la Audiencia, con lo que restablece la prioridad que merece en la legislación vigente el acto adquisitivo anterior a la

anotación de embargo, entendiendo que la carta privada no tiene el sentido que le asigna la Audiencia, pues no prueba que la finca perteneciera a los vendedores en el momento de los embargos y, además, que no puede dársele mayor efecto, pues sólo fue firmada por uno de los tres copropietarios, sin intervención, por otro lado, del que compró la finca en escritura pública.

FINCA DE PROPIEDAD PRIVADA, NO PUBLICA. ACCION DECLARATIVA DE NULIDAD DE ESCRITURAS E INSCRIPCIONES. CUESTION DE LITISCONSORCIO PASIVO (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1972).

Hechos.—Como consecuencia de la escritura de adición de las herencias de don Germán, de don Luis y otros, se adjudicó a doña María una finca que estaba inscrita a nombre de don Germán desde fecha muy antigua (1919) procedente por segregación de otra inscrita mucho antes. Una vez inscrita la finca a nombre de la citada adjudicataria, María, la vendió a don Pedro, que también la inscribió a su nombre. Por último, éste la vendió al Patrimonio del Estado para el Servicio de Correos, en escritura pública que no llegó a inscribirse todavía, porque el Abogado del Estado, en representación de la Administración, demandó a los citados don Pedro (vendedor) y doña María (anterior titular) solicitando la nulidad de las escrituras e inscripciones de herencia y venta, incluso de la última escritura de venta a favor del Estado, entendiendo que la finca en cuestión pertenecía ya al Estado desde hacía mucho tiempo por ser de dominio público, dado que era un terreno sito en la zona marítima, respecto al que se había otorgado en el año 1923 una concesión administrativa de ocupación, lo que confirmaba su carácter de dominio público. Y respecto a las inscripciones registrales anteriores, señala el Abogado del Estado que la primitiva finca matriz y la inscripción primera de segregación a favor de don Germán nada tenían que ver con el terreno ahora discutido, habiéndose desfigurado la finca registral por su nueva descripción en la inscripción segunda a favor de doña María y posteriores, lo que dio lugar a que se inscribiera en el folio de una finca de propiedad privada lo que en realidad era de dominio público.

Hay que señalar también, porque es cuestión esencial en el pleito, que la demanda no se dirigió contra los demás herederos de don Germán y de don Luis que habían intervenido en la escritura de adición de herencia cuya nulidad ahora se pretendía, pero, eso sí, fueron citados de evicción, a instancia de la demandada doña María, sin que comparecieran en el juicio.

Los dos citados demandados se oponen a la demanda argumentando a base de los asientos registrales y formulan reconvencción sobre la validez de las escrituras e inscripciones.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Las Palmas desestima la demanda del Abogado del Estado y estima la reconvencción de los demandados, declarando la validez y eficacia de las escrituras de herencia y venta y que la finca en cuestión era de propiedad privada dada la prescripción adquisitiva consumada por los causantes de los demandados.

Esta sentencia fue revocada en parte por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, que decretó la nulidad parcial de las escrituras de herencia y venta, en cuanto contienen un exceso de cabida que es de dominio público, pero mantiene en lo demás dichas escrituras, pues traían causa de los anteriores titulares registrales, cuya inscripción no ha sido atacada.

Ninguna de las partes está conforme con esta sentencia, por lo que interponen recurso de casación: el Abogado del Estado pidiendo la nulidad total de las escrituras, y la parte demandada alegando el defecto de litisconsorcio pasivo, por no haber sido demandados en un pleito que les afecta los demás herederos de don Germán y de don Luis.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, estima el recurso de los demandados, fallando en contra de la representación del Estado; siguiendo una línea rígida, pero acertada, en materia de litisconsorcio pasivo, aprecia la falta de éste.

«Considerando que la excepción de litisconsorcio pasivo puede y debe ser apreciada, incluso de oficio, por los Tribunales, porque el principio de orden público de veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso civil de todos aquellos a quienes la resolución que se pretende pudiera afectar.»

«Considerando que, como acertadamente sostiene la parte recurrente, no cabe equiparar—máxime habida cuenta de las circunstancias concurrentes en este caso—, en orden a la aplicación de un litisconsorcio pasivo necesario, el llamamiento y vocación directa al pleito en calidad de parte demandada con una simple citación de evicción, por ser distintas su finalidad, consecuencias y efectos, ya que aquella primera y básica petición afectaba, cual queda dicho, y de manera directa, a los herederos de don Luis León y Castillo intervinientes en el acto particional, y una cosa es el derecho de una parte demandada y adquirente a que se cite de evicción a un transmitente, a fines de evicción y saneamiento, y otra muy diferente el deber que alcanza al accionante para llamar al pleito a los afectados por él y dirigir la demanda contra aquellos herederos que, según un pedimento esencial de la misma relacionado con los demás, tienen un interés directo en un pronunciamiento principal que corresponde a la súplica, puesto que aquí es el acto particional (adición a una partición) el que se ataca en sí mismo, y el llamamiento tiene que ser para todos los sucesores del causante o causantes interesados e intervinientes en esa partición.»

«Considerando que, por otra parte, el Patrimonio del Estado, o sea, la Administración Central, aspira como finalidad a reivindicar un terreno, por estimar que es parte integrante de la zona marítimo-terrestre, perteneciente como tal al dominio público; pero de lo actuado claramente se desprende que el solar o terreno cuestionado se halla enclavado en una zona urbana lindante con calles y plaza de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, tales como las de Castelar y Simón Bolívar y actual plaza del Comandante Franco, todo lo cual está indicando un interés procesal y jurídico atañente también a la Administración Local o Ayuntamiento de Las Palmas, dada la situación de esas calles y plaza en relación con el terreno discutido, por lo que debe extenderse al mencionado Ayuntamiento el litisconsorcio pasivo necesario.»

LEY DE VENTAS A PLAZOS DE 17 DE JULIO DE 1965: IRRETROACTIVIDAD DE LA MISMA (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1972).

Hechos.—Por contrato de fecha 13 de diciembre de 1965 se concertó la venta a plazos de maquinaria con reserva de dominio a favor del vendedor, no inscribiéndose dicha reserva en el Registro de Ventas a Plazos a que se refiere el artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965, que entró en vigor a los seis meses, es decir, en enero de 1966.

Estando sin pagar parte de la cantidad aplazada, la Hacienda Pública

embargó dicha maquinaria por débitos de contribuciones del comprador. El vendedor, una vez agotada la vía administrativa, interpone demanda de tercería de dominio.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Barcelona estimó la demanda, siendo revocada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que desestimó la demanda entendiendo que, a pesar de estar excluido el contrato de la Ley de 17 de julio de 1965, podía y debió haber quedado inscrito en el Registro de Ventas a Plazos, pues en la fecha en que se opuso la tercería estaba ya vigente la referida Ley y sus disposiciones complementarias.

El actor interpone recurso de casación alegando contradicción de la sentencia apelada, ya que si el contrato quedaba excluido del ámbito de la Ley de 1965, mal podía quedar sometido a una de sus disposiciones, como es la que señala el requisito de la inscripción, por lo que la Audiencia aplicó una retroactividad no prevista legalmente, contra lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara haber lugar al recurso, confirmando el principio de irretroactividad de la Ley de 17 de julio de 1965, por lo siguiente:

«Considerando que según el propio texto del artículo 23, párrafo 1, de la Ley 50 de 1965, de 17 de julio, el requisito de la inscripción en el denominado 'Registro de Venta a Plazos', exigido con carácter inexcusable para que sean oponibles a tercero las reservas de dominio que se inserten en los respectivos contratos, es requerido exclusivamente para aquellas reservas que se inserten en los contratos sujetos a la misma Ley.»

«Considerando que reconocido y declarado paladinamente por la Sala sentenciadora que el contrato litigioso no estaba sometido a la Ley mencionada, es obvio que no podía estar sujeto a una de sus disposiciones, cual es la acuñada en el referido artículo, en su párrafo primero, sin que a ello obste que en la fecha en que se opuso al tercero ejecutante la reserva de dominio pactada a favor del vendedor de las máquinas y después embargadas por deuda del comprador de las mismas, ya estuviese en vigor la repetida Ley y sus reglas complementarias, ya que del armónico conjunto de todo este complejo normativo resultaba patente que carece del menor efecto retroactivo, como ya tuvo ocasión de declarar esta Sala, aunque para otros efectos, en su sentencia de 13 de noviembre último.»

DISCORDANCIA ENTRE REGISTRO Y REALIDAD EN CUANTO A LA SUPERFICIE DE LA FINCA. PRESCRIPCION ORDINARIA. CUESTION FORMAL DEL RECURSO (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1972).

Hechos.—Don Fermín compró en escritura pública a doña Cesárea un solar cercado con tapias inscrito a nombre de la vendedora en el Registro de la Propiedad con la superficie de 1.291,88 metros cuadrados. La escritura se inscribió en el Registro con la misma superficie. Verificada la confrontación entre la superficie escriturada e inscrita con la que realmente ostentaba don Fermín, se observó que en la realidad la superficie ocupada por éste era sólo de 1.220,13 metros cuadrados, es decir, 71,75 metros cuadrados de menos, lo cual obedecía a que existía un garaje, propiedad de la titular colindante, que invadía la finca comprada por don Fermín, pues la superficie inscrita de la finca colindante era de 940,32 metros cuadrados, en la cual no estaba comprendido el trozo

de 71,75 metros cuadrados ocupado por el garaje, de donde se desprendía, según don Fermín, una invasión. Doña María Luz, la citada titular colindante, es demandada por don Fermín y contesta a la demanda alegando prescripción ordinaria del garaje, pues fue construido hacia más de diez años sobre ese terreno, que doña María Luz compró a un tío de doña Cesárea en documento privado.

El Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo de El Escorial estimó en parte la demanda declarando el derecho del actor a recuperar de la demandada la superficie invadida, teniendo el demandante a su favor la opción del artículo 361 del Código Civil en relación a las construcciones hechas por la demandada en la finca del actor.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la sentencia del Juzgado, declarando el derecho de la demandada, doña María Luz, a la propiedad y posesión de la parcela objeto de la litis, al haberla adquirido por prescripción adquisitiva de buena fe y a justo título antes de la adquisición del resto de la finca por el demandante.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandante (por basarse la sentencia en un documento privado que no se aporta a los autos y por aplicación indebida e interpretación errónea de los arts. 348, 349, 605, 606, 1.227, 1.280, 1.940, 1.957 y 1.963 del Código Civil, y 34 y 36 de la Ley Hipotecaria), el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, porque olvida «el recurrente que en los autos consta un testimonio deducido del proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que el mismo promovió contra la hoy recurrida, según el cual, ésta acreditó por ese documento la adquisición de la parcela mencionada, en base de la cual formuló contradicción, que fue estimada», y porque los supuestos de los artículos invocados por el recurrente «son distintos al de la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, que hay que aceptar como incombateda, y las infracciones de ellos requieren razonamientos numerosos y diversos, lo cual implica mengua de claridad y precisión exigidos» en el recurso de casación.

NULIDAD DE ESCRITURAS E INSCRIPCIONES POR CAMBIO DE LINDERO DEL OBJETO. EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA ES INAPLICABLE EN CASO DE DOBLE INMATRICULACION. PRESCRIPCION. VALOR DE LA INSCRIPCION (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1972).

Hechos.—Don Guido adquirió en escritura pública un solar de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo según la última inscripción. Dicha escritura fue inscrita en el Registro.

Como unos tractores de don Miguel estaban removiendo el terreno comprado en labor previa de cimentación, don Guido ejercita contra don Miguel la acción reivindicatoria sobre el solar en cuestión. Don Miguel, que también tenía inscrito en el Registro el citado solar (doble inmatriculación), se opone a la demanda y formula reconvencción solicitando se declare la nulidad de las escrituras e inscripción que constan a favor de don Guido y de los anteriores transmitentes, en las que se había variado el lindero de la finca en forma tal que se había producido, a partir de dicho cambio de lindero, una apropiación del solar del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Las Palmas desestima la demanda y acepta la postura del demandado, siendo confirmada esta

sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas.

El actor interpone recurso de casación alegando violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues es tercero de buena fe protegido por la fe pública registral, y alegando también la prescripción adquisitiva de más de veinte años, desconocida por la sentencia apelada.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso no sólo por varios defectos procesales en la forma de interponerlo, sino también por el fondo, según se aprecia en los considerandos tercero y cuarto.

«Considerando que a dicha conclusión se llegaría también colocándose en el terreno que plantea el recurrente y prescindiendo de la informalidad procesal cometida, ya que el motivo referido, además de la confusión de que adolece, justifica la prescripción aducida en un dominio y una posesión de hecho durante más de veinte años cuando la sentencia que se impugna rechaza esta afirmación, declarando de modo explícito y categórico que aquella escritura, de la que deriva la inscripción, es nula por el hecho de que el solar litigioso no estaba al momento del otorgamiento de la misma en el patrimonio de los respectivos transmitentes, por lo que no pudo verificarse en cuanto a dichos actos la transmisión por falta de objeto e imposibilidad jurídica de ser materia de los contratos, por lo que es obvio que no podría darse en modo alguno esa infracción que denuncia este primer motivo, y mucho menos, sobre la pretensión de la eficacia de la inscripción que aduce el recurrente, porque es bien cierto, y ello lo tiene reiteradamente declarado este Tribunal, que la inscripción en el Registro de la Propiedad no es modo de adquirir un título que justifique el dominio, sino sólo corroboración y garantía del que se origina, lo cual supone la existencia de uno legítimo—sentencias de 5 de junio de 1928 y 29 de octubre de 1919, entre otras—, condición ésta que ya sienta aquella resolución que da origen a este recurso, que no reúnen las escrituras mencionadas en cuanto al solar objeto de esta litis, lo cual le quita el carácter de inscribible, según las exigencias de los preceptos hipotecarios...»

«Considerando que por los propios fundamentos que hacen decaer el motivo anterior ha de rechazarse el segundo de los que sirven de soporte al recurso, pues en éste también se pretende justificar la prescripción adquisitiva consumada sobre la base de diversos preceptos hipotecarios, sin advertir que no solamente se declara en la sentencia la nulidad de los títulos en cuanto al particular del lindero poniente y sus efectos y, por tanto, se cancelan las inscripciones a que ellos dieron lugar, sino que a mayor abundamiento habría de estarse en la hipótesis de una doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad, en la que al coexistir dos asientos de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, habría de acudir para resolver la pugna o colisión entre ellos a las reglas del Derecho Civil puro con exclusión de los preceptos hipotecarios, *sin posible aplicabilidad de su artículo 34*—sentencias de 10 de febrero de 1962, 17 de enero de 1963 y 17 de junio de 1963—, y como ello no se respeta por el impugnante, que lleva a cabo, como en el motivo anterior, una apreciación unilateral de los elementos básicos del procedimiento, sin tener presente que aquella prescripción carece de soporte de hecho en el aspecto de adquisitiva, porque la Sala sentenciadora, al declarar que nunca tuvo tal posesión al estimar que ella no lo fue y no lo es a título de dueño, es obvio que en consideración a ello no parece infringirse los preceptos que como tal se aducen en este segundo motivo.»

COMENTARIO.—Este caso viene a demostrar, una vez más, que los cambios de linderos en las escrituras de transmisión de fincas no son siempre tan inocentes como a primera vista parece, porque pueden envolver una invasión de la finca colindante. Si a eso se añade la importancia que el Tribunal Supremo asigna a los linderos en la determinación de la finca, se comprenderá la necesidad de insistir en esta cuestión.

En la práctica resulta muy difícil para el Registrador calificar si un cambio de lindero reflejado en una escritura supone una adaptación de la descripción de la finca a la realidad o si más bien es una desfiguración de la misma con fines invasores. Dada la frecuencia de estos cambios descriptivos resulta muy difícil calificar este aspecto, máxime teniendo en cuenta que los elementos necesarios de la calificación escasean debido a deficiencias del sistema (sobre los defectos del sistema en cuanto a la determinación de la finca ver cualquier Tratado). Pero no es conveniente reiterar la desilusión ante los defectos del sistema, pues con ello sólo se consigue desprestigiarlo más. Lo que interesa ahora es dar alguna norma para poder calificar el problema de los cambios de linderos, cuestión que entra en el ámbito de la función calificadora, aunque se refiera a un dato físico de la finca, pues afecta a la identidad de ésta. Así se podrá reducir, en lo posible, el índice de litigiosidad en esta materia, pues, como he dicho varias veces, esta función del Registro, aunque silenciosa, y en muchas ocasiones silenciada, es fundamental.

Ante todo, hay que separar de entre los cambios de linderos dos tipos de éstos que, por ser muy cualificados o sospechosos, requieren una calificación registral a fondo:

1.º En primer lugar, hay que recelar algo de los cambios de linderos cuando simultáneamente se declara un cambio de la medida superficial de la finca. En este supuesto pueden suceder dos cosas: o que se trate de acomodar el cambio de lindero y de superficie a la realidad, debido a que la finca constaba inscrita con una superficie que adolecía de error de medición, y ahora se trata de corregir dicho error sin variar el objeto, o que se trate de hacer una apropiación o invasión de la finca colindante a través del cambio de lindero y de superficie. Esto último es lo peligroso y lo que debe evitarse, pues si la finca colindante está inscrita y ahora se inscribe la modificación, existe una doble inmatriculación, y si la finca colindante no está inscrita, se habrá producido una agrupación de fincas a espaldas del procedimiento reglamentario previsto en el artículo 45 del Reglamento Hipotecario. Obsérvese que el número 5 del artículo 298 del mismo Reglamento no permite inscribir los excesos de cabida cuando existe duda fundada acerca de la identidad de la finca, duda que puede producirse en estos casos de cambio de lindero (1).

2.º En segundo lugar, hay que desconfiar también de los cambios de linderos móviles o variables a fijos y viceversa. Llamamos linderos móviles o variables a los que cambian por hechos o actos jurídicos, a diferencia de los ríos, carreteras, etc., que son linderos fijos (2). Pues bien, cuando un lindero móvil se modifica en una escritura convirtiéndolo en lindero fijo o viceversa, hay indicios para sospechar el cambio de identidad de la finca, y ello aunque no se modifique de momento la medida

(1) Los defectos de cabida, aunque no preocupan demasiado a la doctrina, pueden ser también peligrosos cuando son excesivos, pues pueden dar lugar a la desaparición registral de una parte importante de la finca, imposibilitando la inscripción en el futuro de otras parcelas procedentes de la misma por segregación.

(2) Conviene tener en cuenta que en muchos casos sólo podrá hablarse de linderos relativamente fijos, como en el caso de ribazos, sendas o pequeñas acequias, pues pueden ser modificados.

superficial, pues puede prepararse el terreno registral para consumir la invasión en un segundo momento (3), aparte de que puede no haber necesidad de modificar la superficie para provocar la invasión si en la inscripción existía un exceso de superficie por error de medición.

En estos dos grupos que acabamos de señalar, la calificación registral debe ser especialmente meditada; no absolutamente rígida, pues, según se ha dicho, el cambio de lindero puede obedecer también a acomodar el Registro a la realidad. Al decir esto, no se trata de olvidar que otros cambios de linderos distintos de los señalados también pueden tener un designio invasor, sino de resaltar aquellos casos en que resulta más fácil y, por tanto, más obligada la calificación registral.

No obstante, en cualquier caso, dicha calificación tropezará con la limitación de medios que la legislación vigente señala, pues del artículo 18 de la Ley Hipotecaria resulta que los dos únicos elementos de calificación son los documentos presentados y los asientos del Registro. Debería reformarse este punto y hacer salir al Registrador del claustro del documento, lo que produciría necesariamente (4) un renacimiento efectivo del principio de legitimación registral respecto a los datos descriptivos o de hecho. Por ejemplo, prever la posibilidad de inspección ocular, citación de los propietarios colindantes al estilo del artículo 3 del Reglamento Hipotecario, aportación de instancia explicativa de las razones del cambio de lindero, etc. Pero todo esto no está previsto legalmente y ello dificulta la calificación de los cambios de linderos en relación con la identidad de la finca.

En la legislación vigente, el único medio de calificación es la historia registral de las fincas colindantes, aunque no siempre es decisiva debido al sistema de inscripción declarativa. Para la localización de dichas fincas y difícil, pues el dato de la colindancia no se desprende directamente de los índices de fincas y de personas, aunque esto pueda ser una labor paciente y difícil, pues el dato de la colindancia no procede directamente de los índices. Por ello se puede aconsejar llevar también unos índices especiales de fincas rústicas, que caben dentro de lo reglamentario, dada la libertad respecto a libros auxiliares, según el artículo 362 del Reglamento Hipotecario. Se trata de llevar los índices por polígonos catastrales, y dentro de cada polígono se harán constar las parcelas por números correlativos, en cuya casilla se pondrán las referencias registrales de cada parcela en relación con los libros del Registro. Todo ello completado por un plano catastral, que puede obtenerse del Instituto Geográfico Catastral respectivo. Y respecto a las fincas urbanas, sería conveniente que los Ayuntamientos respectivos suministraran planos al Registro, y en éste se acomodarían los mismos a los libros poniendo en cada finca la referencia registral del Archivo. Este sistema facilita la apreciación de las fincas colindantes y, en cualquier caso, es un elemento valioso de la calificación registral sobre identidad de fincas.

Lo interesante es llegar a una identificación de la finca en el propio Registro y no hacer un uso desmedido del procedimiento previsto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, que remiten la cuestión al Juez, pues dada la naturaleza de la función calificadora y la amplitud de la misma respecto al elemento finca, la identificación corresponde fundamentalmente al Registrador, y sólo cuando, en último término, no sea posible identificarla y exista duda fundada que no pueda resolverse en el campo registral, cabe acudir al procedimiento del artículo 306. Por eso creo que cabe que el Registrador suspenda la inscripción en esos casos de cambios de linderos por falta de datos descriptivos suficientes

(3) Sobre esta posibilidad de invasión en dos momentos, ver el comentario de la sentencia de 28 de octubre de 1971 en esta misma Revista, núm. 490, pág. 635.

(4) Pues así se diría en la Ley, en consonancia con la fechoría del funcionario calificador.

que permitan identificar la finca, y que los interesados, en vez de acudir al Juez, vuelvan al Registro con una instancia subsanatoria, conforme al artículo 110 del Reglamento Hipotecario, añadiendo más datos de la finca y de las colindantes, lo cual podría hacer variar el sentido de la calificación registral. La posibilidad de esta vía resulta no sólo del artículo 110 del Reglamento Hipotecario (en el que se alude a las faltas subsanables «cualquiera que sea su procedencia»), sino de las reglas 2.ª y 3.ª del artículo 51 del mismo Reglamento, en las que se prevé como circunstancia descriptiva de la finca «cualquiera que sirva para distinguir o que impida confundir la finca inscrita con otra», y precisamente en la instancia se añadiría esta circunstancia, omitida en la escritura (*).

II. DERECHOS REALES

DENEGACION DE RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA EN UN CASO DE SERVIDUMBRE DE PASO: CUESTION PROCESAL (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1971).

Hechos.—Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia en un pleito sobre servidumbre de paso, los demandados interponen recurso de apelación solicitando también el recibimiento a prueba en segunda instancia con base en el número cuarto del artículo 862 de la Ley de Trámite, por existir un hecho de influencia notoria en el pleito del que no se tuvo noticia antes, consistente en una manifestación recogida por acta notarial de los antiguos propietarios de la finca en cuestión.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial confirmó la sentencia del Juzgado después de haberse producido la denegación del recibimiento a prueba.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados por quebrantamiento de forma, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la cuestión formal de la denegación del recibimiento a prueba, pues aparte de que existen errores sobre la cita de preceptos infringidos, el número cuarto del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento indudablemente se contrae a la existencia de un hecho de influencia notoria en el pleito, «mas, como bien dice la Sala de Instancia, no cabe confundir la existencia de un hecho con las manifestaciones concernientes al mismo que se atribuyen a terceros extraños al pleito, cuando después de haber sido aquél reconocido o negado en la Primera Instancia se pretende traer a declarar sobre el mismo nuevos testigos, por muy importantes o calificados que éstos sean, ya que es de creer que si la parte se hubiera producido diligentemente podría haber suministrado en tiempo oportuno esos nuevos testimonios favorables a la tesis por ella mantenida».

(*) «La D. G. R. N. no es partidaria de acudir a procedimientos distintos del establecido en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario (resoluciones de 29 de julio de 1949 y 9 de mayo de 1961) Pero hay que tener en cuenta que en los casos de esas resoluciones la nota calificadora no llevaba la cuestión al procedimiento que nosotros indicamos, sino que la resolución de 1949 contemplaba una nota de suspensión muy genérica y tajante, y la resolución de 1961 no sólo contempla una nota en que el Registrador mismo incluía la cuestión en el ámbito del artículo 306, sino que, a la vista de las peculiaridades del supuesto (considerando tercero), no había cuestión sobre «el fundamento de la duda de identidad» de las fincas, es decir, en casos como éste «no hay duda» de que debe acudirse al indicado procedimiento del artículo 306 del Reglamento Hipotecario».

PROPIEDAD DE AGUAS. NATURALEZA PRIVADA DE LAS AGUAS. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL ORDINARIA (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1971).

Hechos.—El Ayuntamiento de B. hizo determinadas obras de captación y canalización de aguas cuya propiedad reclaman los demandantes, por estimar que son de dominio privado por prescripción inmemorial.

El Juzgado de Primera Instancia de Lugo estimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

El Ayuntamiento, que fue condenado a pagar los gastos de reposición de las aguas a su estado primitivo, interpone recurso de casación alegando la naturaleza pública de las aguas y la incompetencia de la jurisdicción civil ordinaria.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que... es doctrina de esta Sala de Casación, que son de la competencia de los Tribunales que ejercen la jurisdicción civil las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y privadas y de su posesión, como prescribe el artículo 254 de la Ley de Aguas—sentencia de 4 de febrero de 1897, entre otras—, sin que sea dable atender en este aspecto la excepción aducida por la parte demandada en cuanto a competencia de la jurisdicción administrativa se refiere, ya que si bien el Ayuntamiento de B. tiene plenas facultades para regular y adoptar medidas de orden sanitario sobre un caudal de aguas, no lo es menos que la cuestión fundamental sometida a controversia judicial no es otra que la de determinar la naturaleza jurídica de ellas, por una parte, y la de distribuirlas entre los demandados, por otra, anulando la llevada a efecto por aquella entidad municipal al rebasar ésta las atribuciones de policía o salubridad en que la fundaba, produciendo perjuicios a los actores, cuya reparación ha de solventarse por el cauce de esta jurisdicción.»

En el segundo considerando, el Tribunal Supremo sale al paso de la argumentación del recurrente respecto a la violación del número 8 del artículo 407 del Código Civil por la Audiencia que calificó las aguas como privadas, a pesar de dicho artículo, al que consideró como una presunción *iuris tantum*, contra la opinión del recurrente, que estima que todos los supuestos del artículo 407 no constituyen presunciones, sino que implican terminantes definiciones y consiguientes mandatos. Dice el Tribunal Supremo que «no advierte el recurrente que el Tribunal *a quo* fundamenta en ese particular aspecto, en forma hipotética, la cuestión del carácter público de las aguas, ya que la afirmación de hecho que contiene la resolución recurrida no es otra que la de su naturaleza de privadas. ; ya que, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y numerosas disposiciones administrativas, las aguas que discurren por cauces artificiales, aunque en su origen sean públicas, pierden este carácter y toman el de privadas desde que entran en dicho cauce».

ACCION REIVINDICATORIA: SUS REQUISITOS (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1971).

Hechos.—Don Fermín B. G. ejercita acción reivindicatoria contra don Teodoro N. P., por entender que el vallado realizado por éste en varias fincas de su propiedad ha incluido una finca del actor lindante con las del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandante interpone recurso de casación alegando los múltiples documentos públicos y certificaciones registrales que demuestran que es propietario de la finca y que ésta linda con las del demandado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, centrándose en la falta del requisito de la posesión o detentación por el demandado de la finca reclamada, propio de toda acción reivindicatoria, en los siguientes términos:

«Considerando que, respecto de este último requisito, declara textualmente el juzgador de Segunda Instancia que la finca referida no puede tener la situación dentro del perímetro vallado por el demandado, ya que la suma de su superficie y la de las fincas que indudablemente pertenecen al demandado no tiene cabida dentro del perímetro citado, por lo cual queda sin demostrar la detentación por el demandado de la finca reclamada y falta este requisito indispensable para la reivindicación.»

ACCION DECLARATIVA DE PROPIEDAD. EFECTOS DEL ALLANAMIENTO DE UNO DE LOS DEMANDADOS. INTERPRETACION DE PODERES. AMBITO Y DURACION DEL MANDATO (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1971).

Hechos.—Al fallecimiento de doña Escolástica M. S., tres de sus cuatro hijos, Gabino, Teresa y Fausto, otorgaron la correspondiente escritura de partición de herencia, interviniendo Fausto no sólo en su propio nombre, sino también en representación de Amelia, la otra hija de la causante, en virtud de escritura de poder para distribuir los bienes de la herencia y firmar cuantos documentos fuesen precisos hasta obtener la inscripción de las fincas en el Registro de la Propiedad. Antes de practicarse la inscripción de la escritura, los mismos intervinientes rectificaron la partición por documento privado, en el que se asignaron a Fausto dos quintas partes indivisas de unas fincas, no obstante lo cual, por razones que no son del caso, la escritura se inscribió en el Registro con su contenido anterior a la rectificación.

Fausto interpone demanda contra sus tres hermanos solicitando sean condenados a que le reconozcan o transmitan las dos quintas partes indivisas que se le asignaron en el documento privado. Teresa no compareció en el juicio, por lo que fue declarada en rebeldía, y Gabino se allanó a la demanda, pero Amelia se opuso a la misma negando al actor facultades de representación más allá de la escritura de partición ya realizada, estimando que el documento privado de rectificación se realizó a espaldas del mandato.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Valladolid desestimó la demanda de Fausto, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

El actor interpone recurso de casación por incongruencia de la sentencia, que desconoce los efectos del allanamiento de Gabino, ya que absuelve por igual a todos los demandados, y, además, porque el poder otorgado por Amelia a su favor subsistía mientras no se hubiera practicado la inscripción, y como la fecha de ésta es posterior a la del documento privado de rectificación de la partición, éste quedaba comprendido dentro de los términos del poder.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que carece de fundamento la alegación de incongruencia... fundándose en que uno de los demandados se allanó a la demanda, pues tratándose del ejercicio de una acción cuyas consecuencias no han de alcanzar sólo al allanado, sino también, y de forma inseparable, a sus dos hermanas, de las cuales una está en rebeldía y la otra se ha personado para oponerse a la demanda, no estaba a su alcance hacerlo con total eficacia en cuanto a la decisión final del pleito; todas las sentencias citadas por el recurrente como procedentes son alusivas a casos en los que había un solo demandado, o a casos en los que, siendo varios, el allanamiento fue de todos.»

«Considerando que el tercer motivo... merece, igualmente, ser rechazado, porque versa sobre si el mandato conferido por doña Amelia a don Fausto había terminado con el otorgamiento de la escritura pública de partición de 7 de junio de 1944, que se inscribió en el Registro, o si subsistía el 20 de junio siguiente, fecha en la que, valiéndose de dicho poder, el apoderado suscribió el documento privado por el que se derogaba aquélla; tema que pertenece al orden de interpretación de los contratos, sobre el que una extensa jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que ha de respetarse la de Instancia, a menos de que sea disparatada o conduzca al absurdo...»

COMENTARIO.—Esta sentencia contiene dos declaraciones: una, sobre el allanamiento, y la otra, sobre la interpretación de los poderes.

Primero: Allanamiento.—Para precisar bien la doctrina sentada en esta sentencia sobre el allanamiento de uno de los demandados hay que poner en relación el suplico de la demanda con el fallo. El demandante tacha de incongruente la sentencia de Instancia por no dar eficacia al allanamiento, pero a la vista del suplico de la demanda, más incongruente hubiera sido la sentencia de haber valorado tal allanamiento, pues habría otorgado menos de lo pedido y de sentido quizá distinto. Obsérvese que el demandante recalca que «todos y cada uno de los demandados deben reconocerle o transmitirle dos quintas partes indivisas de las fincas en cuestión». Es decir, el actor unifica a todos los demandados, resultando indivisible su petición. Si hubiera pedido que cada uno de ellos le transmitiera o reconociera la tercera parte de dos quintas partes indivisas o si hubiera entablado demandas independientes contra cada uno, entonces el juzgador habría podido precisar el efecto parcial del allanamiento; pero tal como está planteada la demanda, no cabe otra solución que la sentada por el Tribunal Supremo. Y es que si el juzgador hubiera valorado el allanamiento, ¿qué solución habría dado? Habría condenado a don Gabino a transmitir *sólo una parte* del total reclamado de dos quintos. Pero, ¿qué parte? ¿Una tercera parte igualitaria o dos octavos de los dos quintos, que era la participación correspondiente a don Gabino en la partición? Como se ve, no queda claro qué es lo que debería decidir el Juez en vista de tal demanda, y esto es suficiente para no valorar el allanamiento en relación con una demanda que si es clara en bloque, no precisa ni prevé la distribución de la condena entre los demandados.

Por tanto, fuera del especial suplico de la demanda de este pleito, no puede generalizarse la tesis de esta sentencia sobre el efecto del allanamiento de uno solo de los demandados. O sea, que si la demanda individualiza claramente las pretensiones frente a cada demandado, creo que sí cabría valorar el allanamiento de uno solo de ellos.

Segundo: Interpretación de poderes.—El Tribunal Supremo no entra en el fondo de esta cuestión, sino que confirma la doctrina de que la interpretación de los poderes, como la de los contratos, es de la exclusiva

competencia de la Sala de Instancia, salvo los casos de interpretación disparatada o absurda. Creo que no sólo es acertado esto, en el presente caso, sino que también es acertada la interpretación misma dada por el juzgador de Instancia, consistente en que el apoderado carecía de facultades para *rectificar* una escritura de partición ya realizada. Los términos de la escritura de poder objeto de discusión son muy frecuentes en la práctica, hasta el punto de que se han convertido casi en una cláusula de estilo: el poderdante suele facultar al apoderado no sólo para practicar la partición, sino también *para firmar cuantos documentos fueren precisos hasta obtener la inscripción de las fincas en el Registro de la Propiedad*. ¿Qué alcance hay que dar a esta cláusula? Hasta ahora creo que a nadie se le había ocurrido relacionar el problema de la duración del poder con la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero el actor recurrente pretende interpretar tal cláusula en el sentido de considerar vigente el poder hasta la fecha de la inscripción registral. Nada más equivocado, porque la referencia a la inscripción no tiene un sentido TEMPORAL, sino más bien OBJETIVO-FINALISTA. En otros términos, el poder termina o se agota cuando la escritura de partición se ha realizado, siempre que no adolezca de defectos que obstaculicen la inscripción, sin que haya que valorar la fecha de la inscripción en sí, como dato determinante de la duración del poder. Quiero decir que si una escritura no adolece de defectos, la rectificación de la escritura (nueva partición) queda excluida de los términos del poder, pues esa nueva partición opera no sobre bienes de la herencia (a los que únicamente se refiere el poder), sino como acto *inter vivos* de novación, no comprendido en el apoderamiento. La inscripción en el Registro es aludida en el poder como una finalidad perseguida por el poderdante, que puede permitir la ampliación del contenido del poder si fuere necesario. No consiste, pues, en un mero tope temporal que entre tanto dé al apoderado «vía libre» para hacer cuantas rectificaciones estime pertinentes en una escritura de partición ya consumada.

A estos efectos conviene patentar la distinción entre escrituras de subsanación o remoción de defectos, que impiden la inscripción, y escrituras de novación o rectificación (sobre distinta distribución de bienes u otras cuestiones esenciales), al margen estas últimas de la calificación registral (1). El otorgamiento de las primeras queda incluido en el poder, no así el de las últimas, pues no puede permitirse al apoderado que rectifique por su cuenta (sin otro poder nuevo) la partición ya realizada, a no ser para remover defectos u obstáculos precisados por la calificación registral, aspecto este último que es el único, en mi opinión, previsto en la comentada cláusula de estilo.

TERCERIA DE DOMINIO: CONCEPTO. ARTICULO 57 DE LA LEY ADICIONAL A LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL Y 7 DEL ESTATUTO DE LA DIRECCION GENERAL DE LO CONTENCIOSO DE 21-I-1925 (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1972).

Hechos.—La entidad «C. H.» había obtenido sentencia favorable en otro pleito, nor la que «A. S.» debería entregarle las instalaciones con todos sus accesorios, que «C. H.» había arrendado a «A. S.».

(1) "A título comparativo, recuérdese que lo único que cabe subsanar por INSTANCIA según el artículo 110 del Reglamento Hipotecario, son los defectos (subsanables en ese caso) relativos a la inscripción (ejemplo. lindero desconocido, omisión de medida superficial, etc.), no los defectos padecidos por las partes no relativos a la inscripción, pues para estos últimos se exige escritura de subsanación (ejemplo: caso de lindero equivocado o medida superficial errónea), no siendo posible la instancia subsanatoria. Algo parecido ocurre en el caso que comentamos arriba, si bien hay algunas diferencias, entre otras que la remoción de defectos, insubsanables creo que entra en las facultades del apoderado, en el caso comentado, y, en cambio, en el caso del artículo 110 del Reglamento Hipotecario sólo entran las faltas subsanables. Sobre este artículo 110 convendría detenerse a fondo en otra ocasión."

Ahora, la entidad «C. H.» interpone demandas de tercería de dominio contra la Administración General del Estado, el Instituto Nacional de Previsión, la Mutualidad Laboral del Carbón del Noroeste de España y la entidad «A. S.», demandas acumuladas, todo ello por haberse sacado a pública subasta bienes de la instalación citada en procedimientos de apremio seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Ponferrada por el Instituto y Mutualidad citados contra «A. S.», por falta de pago de los Seguros Sociales, y también en un expediente de apremio tramitado por la Recaudación de Contribuciones e Impuestos del Estado de la zona de Ponferrada, por falta de pago de impuestos por parte de «A. S.».

Las demandas de tercería de dominio quedaron acumuladas en el Juzgado de Primera Instancia de Ponferrada, demarcación correspondiente a los apremios citados. Dicho Juzgado desestima la demanda por incompetencia de jurisdicción, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid revoca la sentencia estimando las demandas de tercería promovidas por la entidad actora «C. H.».

El Abogado del Estado interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegando incompetencia de jurisdicción por parte del Juzgado de Ponferrada, ya que, según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 57 de la Ley de 14 de octubre de 1882, adicional a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 7 del Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 21 de enero de 1925, sólo son competentes los Jueces de Primera Instancia de las poblaciones donde existen Audiencias para conocer de los asuntos de carácter civil que interesen al Estado, debiendo corresponder en este caso la competencia al Juzgado de Primera Instancia de León, ya que la demanda de tercería no comenzó como incidencia de un juicio, sino de un expediente gubernativo de apremio, por lo que es una verdadera acción reivindicatoria con categoría independiente.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, desestima la pretensión del recurrente por lo siguiente:

«Considerando que en nuestro sistema procesal la tercería de dominio es siempre una oposición a diligencias de un juicio ejecutivo en marcha y, por tanto, una incidencia del mismo, como la califica expresamente el artículo 1534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil... y, por tanto, habiéndose iniciado por la representación de la Administración General del Estado ante el Juzgado de Primera Instancia de Ponferrada el proceso ejecutivo, que se siguió por sus trámites en dicho Juzgado, es en tales proceso y Juzgado en los que había de plantearse la incidencia de la oposición por tercería...»

«Considerando que por las razones expuestas no encaja el caso contemplado en el supuesto previsto por los artículos 57, número segundo, de la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial, y 7 del Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, según lo alegado por el recurrente, pues en el mismo precepto del Estatuto, en su párrafo segundo, se exceptúa de la norma especial de competencia de los Juzgados de las ciudades donde radiquen Audiencias, entre otras cuestiones, las incidentales que tengan inmediata relación con el asunto principal que no esté sometido a la regla establecida en el párrafo anterior, y, en su virtud, habiéndose acertadamente pronunciado el fallo de la sentencia recurrida y siendo éste el único problema planteado por el recurso, hay que desestimarlos.»

ACCION REIVINDICATORIA: RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1972).

Hechos.—El Estado demanda al Ayuntamiento de «P.» y a doña Dolores, suplicando se dicte sentencia declarándose que dos fincas vendidas por el Ayuntamiento a doña Dolores en escritura ya inscrita en el Registro pertenecen, en realidad, al Estado, por lo que son nulas la escritura e inscripción, y declarándose también que otra finca mayor inscrita a nombre del Ayuntamiento no es la misma ni abarca la anterior y caso contrario, se decrete la nulidad de esta inscripción, por ser nulo el certificado del Ayuntamiento que sirvió de base a tal inscripción.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Castellón de la Plana estimó la demanda, pero su sentencia fue revocada parcialmente por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que estima solamente el recurso interpuesto por doña Dolores, declarando que ésta es propietaria de las fincas compradas al Ayuntamiento, manteniendo las inscripciones registrales. En cambio, mantiene la sentencia respecto a la otra finca inscrita a nombre del Ayuntamiento, pues confirma la nulidad del certificado e inscripción correspondientes.

El Ayuntamiento interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma con apoyo en el número quinto del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debido a que fue denegada por la Sala la práctica de las pruebas documental y pericial, como diligencias para mejor proveer, que hubieran acreditado la identidad de las fincas vendidas con parte de la finca inscrita a favor del Ayuntamiento.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso, pues las diligencias para mejor proveer no han de practicarse de modo preceptivo, sino que son discrecionales, sometidas al criterio del Tribunal, por lo que no pueden equipararse tales diligencias a los medios ordinarios de prueba.

RETRACTO DE COLINDANTES: NO PROCEDE POR NO SER RUSTICA LA FINCA POR SU UBICACION (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1972).

Hechos.—El propietario colindante ejercita la acción de retracto contra tres compradores de parcelas formadas por división de la finca contigua, acompañando acta notarial acreditativa de estar sembradas de cereales dichas parcelas en el momento de la venta.

El Juzgado de Primera Instancia de Torrijos desestima la demanda por considerar urbanas las fincas vendidas, siendo confirmada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El actor interpone recurso de casación alegando que las fincas vendidas son rústicas, dada su explotación agrícola en el momento de la perfección del contrato, sin que pueda quedar desvirtuada su naturaleza por los proyectos futuros del comprador ni por la calificación resultante de disposiciones fiscales, administrativas o arrendaticias.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la finalidad del retracto de colindantes, verdadera limitación al principio de libre disposición, nuevo en nuestro Derecho,

como dice la exposición de motivos (es) 'facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial allí donde este exceso ofrece obstáculos insuperables al desarrollo de la riqueza', concepción finalista que proyecta luz a la hora de aplicar los preceptos del Código Civil referentes a la institución, en los que se exige como primera condición que se trate de 'finca rústica', concepto que aunque no se define en el Código Civil no cabe aplicar, como con acierto afirma la Instancia, a los autos, pues su ubicación entre edificaciones que son viviendas y locales de negocio de un centro urbano en expansión, con servicios, viales y de alumbrado, convierte en accidental su explotación agrícola y frustra la finalidad de la misma; punto de vista que se refuerza al reparar en el elevado coste de la transacción, que jamás podrá ser logrado si no se cotizara no ya su porvenir, sino su actual condición de solar urbano; pero es más, afectando la calificación debatida a multitud de aspectos fiscales y urbanísticos, todas las normas administrativas citadas en la sentencia impugnada al describir enclaves y vías públicas y servicios públicos ya establecidos, quitan a las fincas que se encuentran en las condiciones descritas el carácter de rústicas, y no sólo en el ámbito administrativo se llega a esta calificación, es también dentro del ámbito civil en el que se las desposee de dicho carácter, no obstante su destino actual, en determinadas condiciones, pues la Ley de 15 de marzo de 1935 de Arrendamientos Rústicos y su Reglamento de 29 de abril de 1959 consideran las tierras comprendidas en ensanche de las poblaciones como urbanas y, por tanto, excluidas de su ámbito de aplicación cuando tengan un valor en venta que supera en el duplo, cuando menos, al precio normal del mercado inmobiliario de la riqueza rústica de la zona; por todo lo cual hay que desestimar también el primer motivo del recurso, que con amparo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la violación de los artículos 1.521 y 1.523 del Código Civil y la aplicación indebida de la Ley de 15 de marzo de 1925 de Arrendamientos Rústicos, la de 12 de mayo de 1956 de Régimen del Suelo y Decreto de 12 de mayo de 1966 de Reforma Tributaria, y con él, la totalidad del recurso.»

COMENTARIO.—Observamos que en esta ocasión el Tribunal Supremo da relevancia en la calificación urbana de la finca y consiguiente desestimación del retracto a la ubicación de la misma, en lugar de atender a la explotación agrícola acreditada por acta de notoriedad. Y, además, refuerza esa calificación con otros criterios, consistentes en el elevado coste de la transacción y en disposiciones administrativas, fiscales y arrendaticias.

Maticemos esta sentencia en relación con el caso debatido. No se trata de una declaración jurisprudencial que sienta una regla general de que el criterio de la ubicación debe prevalecer sobre el elemento de la explotación agrícola de la finca. En igualdad de condiciones, más bien me inclino, en términos generales, por el segundo criterio de explotación agrícola (ver comentario a la sentencia de 3 de octubre de 1970 en esta Revista, núm. 485, pág. 967). Pero es que *en este caso concreto*, el criterio de la *ubicación de la finca* en zona urbana ofrece circunstancias muy relevantes para considerar como accesoria la explotación agrícola. Analícese, en vista de esto, la declaración del Tribunal Supremo: «Su ubicación entre edificaciones que son *viviendas y locales de negocio* de un centro urbano *en expansión*, con *servicios, viales y alumbrado*, convierten en *accidental* su explotación agrícola.» No debe generalizarse la tesis sobre la ubicación fuera de esas características subrayadas. Convendría examinar las diferentes posibilidades que pueden darse, cada una con distinto sentido y alcance. Ejemplos: no es lo mismo que una finca cultivable esté ubicada en el centro de la población o en las afueras,

ni es lo mismo, en este último caso, que esté a cinco o a 200 metros del casco urbano. Y no es sólo cuestión de distancia: no es igual que las edificaciones que rodeen la finca sean viviendas y locales de negocio o que sean pajareros u otras edificaciones. También interesan mucho las próximas perspectivas, porque tampoco es lo mismo que se trate de un núcleo urbano en rápida y creciente expansión o de lenta o paralizada expansión. Se nos dirá, como el recurrente, que lo que interesa es el estado actual de la finca y no el proyecto futuro. Pero creemos que para conocer el estado actual, a veces hay que matizarlo con el inminente futuro. Y es que no es tan fácil separar las fases del tiempo. En las personas sucede lo mismo: existen intercambios entre el presente y el futuro y mutuas influencias. Así, cuando existen perspectivas de éxito vemos a un hombre *actual o presente* distinto de si no existieran tales perspectivas futuras. Creo que esto puede trasladarse a la calificación de fincas con ciertas precauciones y limitaciones y en señalados casos, para dejar sentado que si bien el momento clave a tener en cuenta es el de la venta (respecto a la cuestión de si es el momento de la perfección del contrato o el de la tradición, ver el citado comentario), ese *momento presente* puede ser definido o matizado por el *inminente futuro* de expansión urbanística.

He querido resaltar que la ubicación que destaca el Tribunal Supremo en esta sentencia no es una simple ubicación en zona urbana sin más, sino una ubicación de especiales características, por lo que si éstas no se dan, la aplicación de esta sentencia al caso en cuestión será más problemática debido a la importancia que tiene, en general, la explotación agrícola de la finca, a efectos del retracto de colindantes.

Además, hay que insistir en que el Tribunal Supremo refuerza su argumentación con la idea de que fue elevado el coste de la venta, lo que da a entender la actual condición de solar de la finca. Queremos comentar este aspecto. La referencia al coste o precio de venta sólo puede tener cierto e indicario valor cuando ambas partes litigantes dan por verdadero e indiscutible el precio, pues en otro caso quedaría este extremo sin prueba adecuada. Por ello, en mi opinión, no basta argumentar a base del precio declarado en una escritura que, por cierto, suele ser muy elevado cuando se quiere eludir el retracto a pesar de las presiones fiscales, pues se partiría de un elemento de apreciación muchas veces simulado.

Por último, también como argumento de refuerzo, la sentencia da cierto valor a las normas administrativas y fiscales y a la legislación arrendaticia. Pero obsérvese que se trata, igualmente, de un argumento secundario, algo parecido a como quedó resaltada la legislación arrendaticia en el caso de la sentencia de 3 de octubre de 1970 (ver el comentario citado, pág. 967).

El escaso valor de estos argumentos secundarios se comprueba leyendo la sentencia de 15 de abril de 1971, que los desecha (ver núm. 492 de esta Revista, pág. 1149).

PROPIEDAD INTELECTUAL: INTERPRETACION DEL ARTICULO 46 DE LA LEY ESPECIAL. VALOR DE LAS NORMAS DE INSTITUTO NACIONAL DEL LIBRO. CONTRATO DE EDICION. DURACION DEL MISMO: ARTICULO 1.128 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1972).

Hechos.—El autor de la novela *Los clarines del miedo* hizo un contrato de edición con la Compañía Mercantil «Ediciones Destino, S. L.», cuyo alcance e interpretación se va a discutir en el pleito. Posteriormente, el

autor contrató con la Compañía Mercantil «Plaza-Janés, S. A.», el derecho de editar esa misma novela, pero en forma de «Libro de Bolsillo», por entender ambas partes contratantes, de acuerdo con un dictamen solicitado del Instituto Nacional del Libro Español («INLE»), que dicho formato no estaba incluido en la previa cesión del derecho de edición realizado a favor de la Compañía «Destino».

Pero «Ediciones Destino» no lo estima así e interpone demanda contra el autor y «Plaza-Janés», para que se declare su exclusividad respecto a todo tipo de edición y se condene a «Plaza-Janés» a que se le entreguen cuantos ejemplares tenga en su poder o estén depositados en el de terceros.

La Compañía «Plaza-Janés, S. A.», contesta a la demanda alegando el dictamen del «INLE», de valor vinculante para ambas sociedades y, en todo caso, su buena fe en la contratación.

El autor de la obra también se opone a la demanda por estimar que no estaba incluido en el contrato con «Destino» la edición de «bolsillo», y formula demanda reconvencional para que se le reconozca su propiedad intelectual con las limitaciones previstas en el contrato de edición y para que se declare que el plazo de duración del mismo es de quince años.

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de Barcelona estimó en lo fundamental la demanda, y respecto a la demanda reconvencional, la estimó en parte, no así en cuanto al plazo de duración del contrato, pues en éste existía una cláusula que implicaba regulación del tiempo del mismo, por lo que no procedía declarar que el plazo era de quince años.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó, en parte, esa sentencia, salvo, fundamentalmente, que excluyó la condena de entregar todos los ejemplares de la obra a «Destino» y que declaró que el plazo de duración del contrato era veinte años, por no tener otro previsto, conforme al artículo 1.128 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los tres interesados litigantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso de los dos demandados, y respecto al de «Ediciones Destino», lo estima sólo en parte. De los numerosos «considerandos» de la sentencia cabe destacar, por su valor de *ratio decidendi*, las siguientes conclusiones:

Primera.—A propósito del recurso interpuesto por «Plaza-Janés, S. A.», que alega el valor normativo de las disposiciones del «INLE», en base a cuyo informe favorable contrató la edición de «bolsillo», el Tribunal Supremo desestima el motivo, «ya que la función del Instituto Nacional del Libro no afecta a los derechos civiles, pues se contrac, como dice el artículo 1 del Decreto de 6 de abril de 1943, a la dirección y al gobierno de la política del libro español, su ordenación sistematizada a través de publicaciones bibliográficas y su protección desde el punto de vista comercial».

Segunda.—Respecto al recurso interpuesto por «Ediciones Destino, Sociedad Limitada», lo estima en cuanto a la interpretación del artículo 46 de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, en relación con el artículo 429 del Código Civil, considerando que dicho artículo 46, que impone, como sanción de los defraudadores de la propiedad intelectual y como protección del despojado, la entrega de todos los ejemplares a este último, es aplicable no sólo a los defraudadores definidos penalmente, sino también (como ocurre en este caso) a los que, sin cometer delito, infringen la normativa de la propiedad intelectual, por lo cual en la segunda sentencia, y en armonía con lo resuelto en las sentencias de

6 de octubre de 1915 y 24 de junio de 1965, acuerda la recogida de todos los volúmenes de la novela que se encuentren a la venta sin excepción, los que serán entregados a la perjudicada «Editorial Destino, S. L.».

Tercera.—En cuanto al artículo 1.128 del Código Civil, cuya infracción alega la propia «Editorial Destino», no estima el motivo, pues «el establecimiento de condición resolutoria en el contrato (consistente en que se resolvería el contrato si no se hubiera publicado otra edición dentro de los doce meses de haberse agotado la última), que es un evento en la vida del mismo, no significa el de un plazo en sentido técnico legal de certidumbre en el tiempo de duración del contrato, como no puede menos de reconocer el recurrente», por lo que la sentencia de la Audiencia interpretó y aplicó rectamente el artículo 1.128 del Código Civil, al entender que no se estableció en el contrato un plazo de duración y que procedía éste, fijándolo en veinte años.

MONTES VECINALES. ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1972).

Hechos.—La demanda sobre ejercicio de acción reivindicatoria de un monte por unos vecinos del pueblo de Reza contra el Ayuntamiento de Arnoya y el Estado es estimada en Primera Instancia y apelación.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento de Arnoya (alegando incongruencia, error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba e infracción, por no aplicación, del párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil sobre requisitos de la acción reivindicatoria), el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, porque la «congruencia ha de buscarse entre lo pretendido y lo sentenciado, y no entre los elementos de prueba y el fallo», como hace el recurrente; porque, respecto al error en la prueba, lo que se pretende en el recurso es una nueva valoración del material probatorio aportado al proceso, con olvido de que el recurso de casación no es una Tercera Instancia, y, por último, porque la concurrencia de los requisitos de la acción reivindicatoria corresponde declararlos, como hechos, a los Tribunales de Instancia, cuyo criterio sólo puede ser impugnado en casación por la vía del número séptimo del artículo 1.692.

INTERDICTO DE RECOBRAR LA POSESION: RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1972).

Hechos.—En un caso de interdicto de recobrar la posesión sobre un horno de arco marca Bril, con sus instalaciones y elementos accesorios, en que se estima la demanda por el Juzgado de Primera Instancia de Durango y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bilbao, el demandado interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, consistente en incompetencia de jurisdicción.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso, confirmando la doctrina rigorista de que para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de forma no basta citar el número del artículo 1.693, acreditativo de cuanto se debe decir, sino que

hay que citar el precepto legal infringido, es decir, aquella o aquellas normas procesales genéricas que protejan al recurrente contra su indefensión.

PROPIEDAD HORIZONTAL. CUESTION PROCESAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1972).

Hechos.—La Comunidad de Propietarios del Inmueble denominado «Apartamentos Ibiza» interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón contra Julián K. y otro, con la pretensión de que se declarara la validez de unos acuerdos de la Junta General de aquella Comunidad referentes al cese de la explotación como salón de baile a que uno de los propietarios, a través de un arrendamiento que concertó, tenía destinado el local bajo derecha del edificio y a la realización de las obras necesarias para la vuelta del primitivo estado en el plazo de un mes.

A estas pretensiones se opuso la parte demandada alegando incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, entendiendo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, debían haberse seguido los trámites del juicio de cognición, siendo competente el Juez Municipal o Comarcal del lugar donde está sita la finca.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Castellón estima la excepción del demandado, pero la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revoca esta sentencia en base a que la acción ejercitada tenía su amparo no en el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, sino en el número cuarto del artículo 16 del propio texto legal, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales de Primera Instancia, y entrando en el examen del fondo del asunto, acoge por completo las peticiones de la demanda.

El demandado interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma alegando incompetencia funcional por razón de la materia, por el cauce del número sexto del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, pues debía haberse planteado por el cauce del número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como cuestión de fondo, quedando reservado el cauce del ordinal sexto del artículo 1.693 alegado para cuando lo que se discute es la competencia territorial entre Juzgados o Tribunales de igual grado, según constante jurisprudencia, no la competencia por razón de la materia.

J. M. G. G.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

Objeto de protección del Registro.—No es la finalidad del modelo de utilidad lo que resulta estar amparado por el Registro de Propiedad Industrial, sino la forma en que tal finalidad se lleva a cabo por uno u otro modelo (sentencia de 9 de octubre de 1970).

Legitimación activa.—Posee ésta el demandante que ha solicitado la anotación de la transferencia en el Registro de la Propiedad Industrial antes de incoar el procedimiento de nulidad de otro modelo de utilidad (conforme a la letra y al espíritu del art. 31 del Estatuto de esta propiedad), sin que obste a esto—como dice la sentencia de 16 de junio de 1964—la circunstancia de que el Registro no hubicra practicado la anotación de tal transferencia todavía, pues lo que dispone el Estatuto en el precepto citado para que las transferencias surtan efecto contra tercero, no es que aparezcan inscritas, sino simplemente acreditadas en el Registro mediante el documento fehaciente (sentencia de 20 de octubre de 1970).

— Como declaró la sentencia de 20 de octubre de 1970, el artículo 31 del Estatuto de la Propiedad Industrial prescribe la validez de la transmisión desde que se solicita la anotación de la transferencia documentada notarialmente (sentencia de 31 de octubre de 1970).

— La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1964 ha resuelto que lo que el artículo 31 del Estatuto dispone es que para que estas transferencias surtan efecto contra tercero no se precisa que aparezcan inscritas, sino que sean simplemente acreditadas en el Registro mediante un documento fehaciente; doctrina que ha pasado a la jurisprudencia de esta Sala Primera en sentencia de 20 de octubre de 1970 (sentencia de 9 de enero de 1972).

Identidad de «marca» en productos totalmente diferentes.—La protección registral del titular alcanza sólo al producto o productos rotulados para impedir que otro de igual o similar clase sea marcado no ya con idéntico nombre, sino ni siquiera con otro que fonética o gráficamente lo recuerde de forma que pueda inducir a confusión; pero sin que la Ley proteja la nomenclatura por sí misma, como valor independiente, haciéndola patrimonio exclusivo de quien inscribió primero, de tal forma que impida que pueda aplicarse por otro titular a objetos diferentes (sentencia de 25 de noviembre de 1970).

NOTA.—Los productos eran, de un lado, una marca de relojes, y de otro, medias y calcetines.

Analogía de «marca» en productos similares.—Según criterio jurisprudencial, el estudio de la semejanza fonética o gráfica entre los signos enfrentados ha de hacerse no sólo atendiendo a la semejanza en sí entre los elementos fonéticos o gráficos de los signos o vocablos que designan a las marcas de cuya comparación se trata, sino también en función de todas aquellas circunstancias que en conexión con el signo expresivo de cada marca puedan tener influencia en la posible confusión que en el mercado puede producirse por aquella identidad de los productos, pues a efectos de constituir la causa de exclusión en el Registro de la marca posterior no puede desempeñar con la misma fuerza la semejanza entre dos marcas, si es que cada una de ellas viene referida a productos de distinta clase, naturaleza y aplicación, que en caso de que ambas lo vengan a la misma clase de géneros, ya que el primer supuesto, aun habiendo gran semejanza en las marcas, sin embargo, no llegará a producir tal semejanza, ni confusión en el mercado, ni perjuicio al titular de la marca preexistente, ni beneficio a favor del concesionario de la segunda a costa del prestigio de que goza la primeramente registrada, siendo los efectos expresados los que precisamente trata de evitar la Ley, a través de lo dispuesto en el número primero del artículo 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial.

Lo que aquí se debate en nada se refiere al nombre de las marcas registradas ni a la confusión que pudiera desprenderse de los envases empleados, sino que todo se reduce a las marcas que amparan las etiquetas respectivas, bastando la simple contemplación visual para apreciar claramente el confusionismo a que pueden dar lugar la forma, el modo, la manera, el colorido, la armónica composición gráfica, circunstancias todas ellas de notoria relevancia habida cuenta de la orientación jurisprudencial, huyendo de una excesiva valoración de las características diferenciales que entre ambas marcas puedan existir..., ya que entre aquéllas su comparación revela que la combinación de colores y la disposición de los elementos gráficos más característicos no puede ser enervada para fundamentar una posibilidad de convivencia en el mercado sin producir grave riesgo de confusión entre el público consumidor, en base de unas diferencias de detalle inapreciables aisladamente a primera vista; criterio que coincide con las sentencias de 12 de diciembre de 1967, 30 de diciembre de 1970 y 23 de enero de 1971 (sentencia de 30 de marzo de 1971).

Prescripción adquisitiva y extintiva y Registro de Propiedad Industrial. Alcance de la inscripción en éste.—La jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras muchas, en sus sentencias de 26 de septiembre de 1963, 23 de abril y 27 de octubre de 1966, interpretando el artículo 14 del Estatuto de Propiedad Industrial en relación a sus artículos 1, 12 y 14, y las que regulan la propiedad y la prescripción en el Código Civil, viene declarando que dicho artículo 14 no regula la prescripción adquisitiva del dominio de las marcas y sí únicamente la extintiva de la acción impugnatoria a partir de su inscripción en el Registro, puesto que éste no crea la Propiedad Industrial y se limita a regular, reconocer y reglamentar el derecho que por sí mismos hayan adquirido los interesados por la prioridad de la intervención, del uso y del Registro, según los casos, y como quiera que la sentencia recurrida da como probado el dominio por el demandado de su marca en virtud de posesión extrarregistral con justo título y buena fe, sin que tal declaración haya sido combatida adecuadamente, no puede prosperar el recurso de casación (sentencia de 22 de enero de 1971).

Jurisdicción competente.—La regulación de las propiedades especiales, según el tecnicismo de nuestro ordenamiento jurídico—hoy superado y subsumidas en la categoría de derechos sobre bienes inmateriales—, es cierto que por la singularidad de sus normas y la relevante actividad de la jurisdicción administrativa en la disposición de las mismas no aparece, a primera vista, con suficiente claridad la determinación del cauce jurisdiccional que haya de seguirse en el ejercicio de las acciones derivadas de las mencionadas propiedades especiales, ya que por la peculiar textura de las mismas pueden originarse de ellas derechos de carácter civil tutelados por acciones civiles o penales y derechos meramente administrativos, que sólo mediante acciones de dicha cualidad pueden ser reclamados, por lo que para proceder con acierto habrá de investigarse, en primer lugar, la naturaleza del derecho debatido, que determina la pertinente acción que haya de ejercitarse y la vía procesal adecuada a su efectividad, conforme a las normas que en cada ordenamiento especial se hallen establecidas a tales fines (sentencia de 1 de junio de 1971).

III. CONTRATOS

VENTA DE INMUEBLE COMO CUERPO CIERTO. OBJETO DEL CONTRATO. DOCTRINA PROCESAL SOBRE EL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1970).

Hechos.—Se trata de un caso de venta de tres cuartas partes indivisas de una finca en el que se discute si la venta se refiere también a un patio o solar, como sostiene el comprador demandante, o si, por el contrario, dicho patio o solar queda excluido de la venta, como sostiene el otro copropietario, ahora demandado.

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid estima la demanda y su sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el copropietario demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso conteniendo una doctrina meramente procesal, pues señala que no se puede entender cumplido el requisito de citar con precisión y claridad la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido, cuando se citan en el recurso una serie de artículos sobre interpretación de los contratos de un modo vago e impreciso y sin concretar el concepto en que se estima hayan sido infringidos, por lo que parecen los motivos del recurrente.

ALCANCE DEL EMBARGO (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1970).

Hechos.—En ejecución de sentencia se decretó el embargo de los derechos y obligaciones que correspondían al demandado en un contrato privado, por el que dicho demandado adquirió derecho a la compra de un piso, incluyendo las sumas ya pagadas a cuenta del precio total. Como el piso fue vendido a otro titular se esfumó, como si dijéramos, el objeto del embargo, salvo en lo relativo a las sumas concretas ya pagadas a cuenta del precio por el demandado, pues éstas habían de ser devueltas al mismo. El actor ejecutante pretende que se extienda el embargo y afecte al actual dueño del piso en mayor medida que por las sumas que pagó en su día el demandado por cuenta del precio, y ante la negativa del auto de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, interpone recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso:

«Considerando que no puede prosperar el primer motivo del presente recurso... porque el alcance del embargo, cuya subsistencia frente al señor G. A. (el nuevo comprador, actual dueño del piso) se declara en la sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1966, se concretó respecto a la finca litigiosa en los derechos y obligaciones que correspondían al otro demandado en el contrato privado de fecha..., incluyéndose en él las sumas entregadas a cuenta del precio en el momento de llevarse a efecto la traba, sin extenderse en forma alguna a la totalidad del mencionado inmueble, según se desprende del sentido literal de la ejecutoria y del de la providencia de 22 de febrero de 1958, que le sirve de antecedente,

y de la circunstancia de que no se llevó a efecto la anotación preventiva a que alude... el artículo 42, número segundo, de la Ley Hipotecaria, por lo que, y salvo en lo referente a las cantidades satisfechas por anticipado, la responsabilidad de dicho señor quedó limitada al valor económico que pudiera representar la posibilidad, por su parte, de convertirse en dueño del piso discutido, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.462 del Código, siempre que, como es natural, abonase el resto del precio convenido (artículos 1.445 y 1.500) y no se ejercitase frente a la transmisión que se había de efectuar ninguna acción de retracto legal, porque en este último caso, y dados los términos en que está redactado el artículo 1.521 del indicado Código, aquella posibilidad carece de contenido patrimonial alguno respecto al primitivo comprador, y como esto es precisamente lo ocurrido en el evento aquí contemplado, se desestima el recurso.»

VENTA DE FINCAS COMO CUERPO CIERTO: SEGREGACION (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1971).

Hechos.—El primitivo dueño de una finca segregó de ella una porción de 223 metros cuadrados con 75 decímetros, que vendió al Instituto Nacional de Previsión, el cual posteriormente vendió dicha porción al ahora principal demandado, quedando un resto de 642 metros con 25 decímetros y 76 centímetros cuadrados que fue vendido al ahora demandante, el cual efectuó una medición y observó que en la realidad sólo disfrutaba de 552 metros con 22 centímetros cuadrados y, en cambio, el titular de la parcela segregada disponía de 314 metros con 16 centímetros cuadrados, lo que significa, en opinión del demandante, que la parte demandada posee indebidamente 90 metros cuadrados con 3 decímetros y 75 centímetros, pues ello no se acomoda a las superficies reflejadas en las escrituras y en el Registro de la Propiedad en relación con las dos fincas en cuestión. La parte demandada se opone entendiendo que las ventas se hicieron como cuerpos ciertos, con límites determinados, por lo que decae el valor de la indicación de superficies.

Estimada en parte la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Pamplona, su sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que desestima la demanda.

El demandante interpone recurso de casación alegando que la teoría de las ventas «a cuerpo cierto» del artículo 1.471 del Código Civil, de la cual parte la Audiencia, no puede aplicarse en los supuestos de fincas segregadas, puesto que con la segregación se trata precisamente de constituir dos nuevos cuerpos ciertos, cuya «certeza» viene determinada por un elemento identificador del que no es posible prescindir ni real ni jurídicamente: la extensión superficial, tan importante en este caso como los linderos o más, si se tiene en cuenta que uno, por lo menos, de éstos ha de confrontar con la propia finca matriz.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, partiendo de que es un hecho probado que las fincas vendidas lo fueron «como cuerpo cierto y a precio alzado», quedando separadas ambas por mojones y setos, siendo la doctrina de esta sentencia, como se ve, meramente negativa y de contenido más bien fáctico que doctrinal.

PRELACION DE CREDITOS LABORALES: CONCEPTO AMPLIO DE SALARIO (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1971).

Hechos.—En una tercería de mejor derecho, los trabajadores de una Empresa solicitan se declare la preferencia de sus créditos laborales sobre los créditos del Banco Español de Crédito.

Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia de Melilla, su sentencia es revocada en parte por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que excluye de la preferencia los créditos laborales procedentes de la indemnización por despido.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los trabajadores, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara haber lugar al recurso, casando la sentencia de la Audiencia, pues la indemnización por despido entra en el concepto amplio de salario, a efectos de la preferencia concedida por el artículo 1.924, apartado D, del Código Civil, «y así lo reconoce no sólo la doctrina científica, sino la reiterada jurisprudencia de esta Sala; la primera estimando que la indemnización por 'despido' constituye el pago de un salario diferido y complementario que se abona al trabajador cuando éste cesa en la empresa por causas no imputables al mismo, es decir, como un valor equivalente en el empleo a unos salarios que se dejaron de percibir; la segunda, por la doctrina derivada de las sentencias de 16 de enero de 1968 y 29 de mayo de 1970, entre otras.»

NOVACION MODIFICATIVA. ELEVACION A ESCRITURA PUBLICA (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1970).

Hechos.—Se otorga la venta de un terreno en documento privado con precio aplazado, a razón de 4.000 pesetas el metro cuadrado, teniéndose en cuenta la medición que realizará un perito topógrafo. El comprador demandante suplica se dicte sentencia condenando a la parte demandada a que otorgue, conforme a Ley, escritura pública de compraventa a favor del actor y le entregue la posesión de la finca contra pago por el demandante de la parte de precio que resta sin pagar, sin perjuicio de la diferencia que en más o menos pueda resultar de superficiar la finca. La vendedora demandada contesta a la demanda formulando reconvencción en el sentido de solicitar la extinción del contrato privado por haber sido sustituido por otro posterior, que dejaba sin efecto la compraventa primitiva.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, condenando a la demandada a otorgar escritura pública de compraventa a favor del actor y a hacer entrega de la posesión de la finca en dicho acto contra pago por parte del demandante de la cantidad que pueda resultar después de la medición de la finca, que las partes realizarán en ejecución de la presente sentencia, por medio de un perito topógrafo.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial confirma la sentencia del Juzgado.

La demandada interpone recurso de casación alegando, entre otros motivos, violación, por no aplicación, de los artículos 1.156 y 1.204 del Código Civil, pues con posterioridad al contrato privado de venta, las partes pactaron una segunda obligación, consistente en quedar la finca en propiedad de la vendedora, incompatible con la anterior, que debía considerarse extinguida.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso por una serie de razones, de entre las que destaca, por su carácter sustantivo, la recogida en el considerando tercero, que dice así:

«Considerando que, por el mismo cauce que el anterior, en el cuarto de los motivos se alega la infracción, por no aplicación, de los artículos 1.156 y 1.204 del Código Civil..., advirtiendo que con la invocación de dichos preceptos legales se quiere estimar como existente una novación de carácter extintivo, y no simplemente modificativa, del contrato básico de compraventa que regía las relaciones jurídicas de las partes, teniendo reconocido la doctrina jurisprudencial, y así lo dice la sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 1959, que la novación objetiva o real a que se refiere el número primero del artículo 1.203 del citado Código no se presume a tenor de los artículos 1.204 y 1.209, sino que ha de manifestarse de modo expreso y resultar claramente la voluntad de otorgarla —*animus novandi*—, o que la obligación que sustituye a la novada aparezca en forma tal que la contrarie terminantemente, pudiendo ser, sin duda, apreciada la incompatibilidad de ambas.»

De todas maneras, el Tribunal Supremo se limita a contestar al recurrente respecto de la novación extintiva, pero no examina y compara los dos convenios en cuestión, pues parte de la prueba practicada ante la Audiencia de que «el contrato privado novatorio no ha tenido realidad», por lo que el considerando transcrito no pasa de ser un *obiter dictum* sobre la novación, quedando resuelto el caso más bien por razones fácticas de falta de prueba del contrato novatorio, que por razones jurídicas sobre el concepto de novación extintiva.

PRELACION DE CREDITOS: INTERPRETACION DEL APARTADO D DEL ARTICULO 1.924 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1970).

Hechos.—En procedimiento de apremio seguido por el Instituto Nacional de Previsión y por la Mutualidad Laboral S. contra la Compañía Mercantil «G. M.» por falta de pago de cuotas de los seguros sociales y mutualismo, debido a la crisis económica de la empresa, los 51 obreros de ésta, cuyo contrato de trabajo había sido resuelto, adeudándoseles una serie de cantidades, interponen demanda de tercería de mejor derecho contra el Instituto y la Mutualidad citados y la Compañía, al objeto de que se declaren preferentes de cobro sus diversos créditos laborales. A ello se oponen el Instituto y la Mutualidad demandados por entender que no todos los créditos entran en el concepto de salario, que es lo que determinaría la preferencia, y por otras razones más.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba desestima totalmente la demanda, siendo revocada esta sentencia en parte por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que estima la preferencia, pero sólo de algunos de los créditos laborales de los demandantes.

Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, estima el recurso, casando la sentencia apelada en razón a la siguiente doctrina de la primera de las dos sentencias:

Doctrina de la sentencia.—«Considerando que en el tercer motivo del recurso, por la vía del número primero del artículo 1.692, se alega la interpretación errónea del apartado D del artículo 1.924 del Código Civil, en relación con los artículos 59 y 37 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues según el último de los preceptos mencionados, al que de forma

indudable reenvía el precepto civil de prelación de créditos, dentro del concepto amplio de salario se ha de comprender la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por razón del servicio o trabajo prestado, ya le sean entregados en mano, ya en forma diferida e incluso eventual por haber sobrevenido un accidente (sentencias de 23 de septiembre y 3 de octubre de 1935), por lo cual a la hora de determinar el orden de prelación del crédito de un obrero contra la empresa en la que trabajó, obtenido en una sentencia laboral, no es procedente discriminar los distintos conceptos que integraron el *quantum* que le fue concedido por aquella jurisdicción, porque todas las partidas están comprendidas en el amplio concepto de la palabra salario empleada por el precepto civil amparador de la preferencia.»

«Considerando que es procedente acoger el motivo anteriormente expuesto, sin que a ello obste el hecho de que el artículo 4 del Decreto de 21 de septiembre de 1960 segregue del salario determinadas partidas de la retribución total del trabajo, pues ello se hace al efecto de determinar, en relación, sobre todo, con el artículo 12 de la misma disposición, la base sobre la que han de girar las cuotas partes que lo incrementan; independientemente de que en un juicio de tercería de mejor derecho no deben ser admitidas a discusión y resolución cuestiones ajenas a la preferencia entre créditos, debiendo aceptarse en cuanto a cuantía lo resuelto en otra jurisdicción o relegarse, en su caso, las nuevas cuestiones que se propongan sobre ello para que puedan ventilarse en distinto proceso, que es la doctrina que sientan, entre otras, las sentencias de este Tribunal de 25 de enero de 1957 y la de 16 de enero de 1968.»

CONTRATO DE SOCIEDAD. SOCIEDAD MERCANTIL IRREGULAR: NO LE ES APLICABLE EL ARTICULO 170 DEL CODIGO DE COMERCIO (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1971).

Hechos.—En virtud de contrato privado ambas partes litigantes acordaron la instalación y subsiguiente explotación en común de un negocio de bar y salón de té. Uno de ellos, el demandado, había dejado de rendir cuentas del negocio, considerando rescindido el contrato alegando un incumplimiento del actor en cuanto a sus obligaciones (realización de obras a su cargo). El demandante solicita se declare que la administración y propiedad del negocio corresponde a ambos interesados por mitad, condenándose al demandado a rendir cuentas y a pagarle la mitad de los beneficios.

El Juzgado de Primera Instancia estima totalmente la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial confirma en lo sustancial la sentencia del Juzgado, aunque desestima alguno de los pedimentos de la demanda.

El demandado interpone recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, entendiendo que la sociedad constituida por los litigantes tenía por objeto una actividad de comercio, cual es la explotación de un bar-restaurant, siéndole aplicable la legislación mercantil, a pesar de ser una sociedad irregular por falta de escritura e inscripción, pues en el aspecto interno de la sociedad, la irregularidad de su constitución es irrelevante, por lo que aplicando el artículo 170 del Código de Comercio debe producirse la resolución del contrato de sociedad por incumplimiento de las obligaciones del socio demandante, resolución efectuada en este caso extrajudicial y unilateralmente por el recurrente, conforme con las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que... si el contrato de sociedad no elevado a escritura pública o no registrado debidamente es un contrato válido entre los interesados y que con arreglo al mismo ha de regirse aquélla por los pactos entre ellos establecidos, cuando éste se haya celebrado con los requisitos esenciales del Derecho—artículos 1.261 y 1.266 del Código Civil—no deben afectarle los demás preceptos que para las sociedades mercantiles se contienen en el Código de Comercio, y mucho menos aquellos que hacen relación con la resolución de las compañías legal y formalmente constituidas, por lo que cuando aquel cuerpo legal no prevé normas adecuadas a tales efectos ha de acudir a las del Código Civil, como supletorio que es, a virtud del artículo 50 del primero citado...»

«Considerando que si esto es así y si ningún precepto del Código de Comercio declara la nulidad de aquel contrato ni concede tampoco a los socios la facultad de pedir la disolución de la sociedad, es indudable que no cabe en este caso la aplicación del artículo 170 del Código de Comercio, porque es un hecho cierto que la facultad en él establecida es propia de la 'compañía' y no exclusivamente de un 'socio', como pretende el recurrente, y, además, porque esa compañía ha de estar constituida con todos los requisitos legales y formales que la Ley exige, circunstancia ésta que no concurre en la que es objeto del pleito del que deriva el presente recurso...»

J. M. G. G.

NO ES CONTRARIA AL ORDEN PUBLICO LA CLAUSULA QUE IMPONE UNA MULTA A LA PARTE QUE RECURRA EN NULIDAD UN LAUDO ARBITRAL. INTERPRETACION DE CONTRATO. CONGRUENCIA

(SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1971).

Don Manuel Alayo Carreras y «Construcciones y Apartamentos, S. A.» (COPASA), tuvieron tratos comerciales entre sí, particularmente los derivados de la cesión por el primero de unas porciones de terreno con obligación por parte de la segunda de construir unos bloques de apartamentos. Surgieron diferencias en punto a la interpretación y ejecución de los contratos privados que suscribieron, y en cumplimiento de una cláusula compromisoria incluida en éstos, se sometieron al arbitraje de equidad para resolverlas. Formalizaron la oportuna escritura notarial de compromiso en 4 de marzo de 1969 (cuya cláusula sexta decía que «la parte que no se conforme con el laudo y formule contra el mismo recurso de nulidad o cualquier otro deberá satisfacer a la otra, siempre que no se dé lugar a dicho recurso, la cantidad de 500.000 pesetas en concepto de indemnización por la demora a que haya dado lugar el simple planteamiento del recurso»), y en 8 de julio siguiente, el árbitro designado emitió notarialmente su fallo, condenando a COPASA a satisfacer al señor Alayo una suma de dinero. Pese al tenor de la cláusula transcrita, la entidad condenada formuló contra el laudo recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo, que fue desestimado por éste. A la vista de ello, don Manuel Alayo, una vez percibida la suma fallada en su favor por el árbitro, reclama las 500.000 pesetas a que la repetida cláusula sexta le daba derecho. Las tres instancias acogen su pretensión. El Tribunal Supremo, en ponencia de don Emilio Aguado González, desestima el recurso interpuesto por COPASA en un único considerando, del que se desprenden los motivos articulados por el recurrente.

Considerando que el pleito se haya integrado por la simple efectividad de la cláusula sexta, del compromiso arbitral de 4 de marzo de 1969;

en ella se dice textualmente que «la parte que no se conforme con el laudo arbitral y formule contra el mismo recurso de nulidad o cualquier otro deberá satisfacer a la otra, siempre que no se dé lugar a dicho recurso, la cantidad de 500.000 pesetas, en concepto de indemnización por la demora a que haya dado lugar el simple planteamiento del recurso»; previo el cumplimiento de los dos supuestos del caso: interposición del recurso de nulidad y desestimación del mismo, una parte insta de la otra el pago de la indemnización, y seguido el pleito en sus dos instancias, se han dictado sentencias concordes, en que se ha accedido al pago de la indemnización, y contra este pronunciamiento se ha deducido el presente recurso, que consta de tres motivos: A) El señalado con el número primero, en que, de acuerdo con el número segundo del artículo 1.692, se postula la «incongruencia» del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por lo que se considera violado el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero es el caso que en la demanda inicial del pleito se postula que «seguidos por todos sus trámites, en su día se sirva dictar sentencia condenando a la demandada a satisfacer al actor la cantidad de 500.000 pesetas, convenida en la cláusula sexta de la escritura de 4 de marzo de 1969, y al pago de las costas del juicio», y en el fallo se condena a la demandada «a que satisfaga al actor la cantidad de 500.000 pesetas, convenida en la cláusula sexta de la escritura pública otorgada por las mismas partes en esta ciudad el día 4 de marzo de 1969 ante el Notario don Francisco de P. Llach Puig», aunque sin condena en costas, por lo que siendo la congruencia la conformidad del resultado del pleito, con la petición deducida por una de las partes, es obvio que la alegada incongruencia no se puede apreciar y el motivo debe ser rechazado. B) Igualmente, ha de desestimarse el motivo segundo, en que se acusa la violación, al no aplicarlo, de lo dispuesto en el artículo 1.281 del Código Civil, sin concretarse si la infracción es de lo dispuesto en el párrafo primero o en el segundo, pero es el caso que la cláusula del contrato en su redacción es clara y que no se aprecia diferencia entre lo redactado y lo que implique la intención de las partes; por ello, si dentro del pleito se ha discutido si se trata de una cláusula penal, comprendida en el artículo 1.152 del Código Civil, en que la pena es sustitutiva de la indemnización de daños y del abono de intereses, en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiese pactado, e incluso se ha debatido si la cláusula puede moderarse o no, atendido el grado de cumplimiento alcanzado, o si la obligación es simple y no admite cumplimiento parcial, a la hora de citarse el artículo 1.281 del Código Civil como infringido ha de rechazarse la admisión del motivo, fundándose en que la cláusula es clara y fija los elementos subjetivos y objetivos de la obligación a que se aplica y su elemento intencional, que no es otro que el concepto de indemnización por la demora a que haya dado lugar el simple planteamiento del recurso de nulidad que se interpuso contra el laudo dictado. C) Por último, debe desestimarse también el motivo tercero del recurso, en que se alega la violación, por no aplicación, de los artículos 4 y 1.255 del Código Civil, por estimarse, en definitiva, que la cláusula va contra el orden público al implicar una traba o limitación de pedir justicia a los Tribunales, lo que no es así, como lo prueba el hecho de haberse producido el recurso de nulidad, pese a la multa cuya satisfacción ahora se interesa y el recuerdo de nuestra legislación, que desde el año 1881 hasta 1953 ha consignado como requisito esencial del juicio arbitral, en su artículo 793, en que se exigía la estipulación de otra multa, que el que se alzase del fallo deberá pagar al que se conformara con él para poder ser oído; el precepto no aparece como vigente en la legislación sobre arbitraje de Derecho privado, pero no se puede pretender que la cláusula, si se adopta, sea contraria

al orden público, mucho menos cuando, como en el caso presente, la multa no se estipula «para poder ser oído», sino que se advierte que para producir su efecto se requerirá «que no se dé lugar a dicho recurso», o sea, que aparece limitado a este caso sin extenderse a poder ser oído, como establecía la Ley derogada, con independencia de que el recurso contra el laudo se estimara o no.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. SU DESLINDE DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO. INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1971).

La Sociedad Anónima «Energía Eléctrica del Ter» era la actual arrendadora de un complejo industrial, consistente en un salto de agua en el río Ter, en una presa de sillería hidráulica, en turbinas y, en general, en todos aquellos elementos necesarios para la elaboración de carburo de calcio. La arrendataria desde el primer momento, 13 de enero de 1928, fue «Eléctrica Industrial de Carburos, S. A.», que desde dicha fecha cumplió puntualmente sus obligaciones. El contrato de arrendamiento se pactó por tres años prorrogables y precio de 85.000 pesetas anuales. Fue prorrogado hasta doce veces sucesivas, pero cuando iba a iniciarse la decimotercera, la arrendadora, descontenta con el insuficiente canon y preavisándolo *ex contractu* con seis meses de antelación, promovió el correspondiente juicio de desahucio. Aunque la posición jurídica de la actora (propietaria indivisa de la mitad solamente del complejo) entrañaba también problemas, la «lis» se centró tan sólo en la cuestión fáctica de si el complejo industrial mencionado constituía una industria en actividad, real o potencialmente, o bien un mero conjunto de bienes aislados. De la solución al dilema dependía el que el arrendamiento de autos quedara excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos o sujeto a ella y a su prórroga forzosa. Las tres instancias calificaron el arrendamiento como de industria y dieron lugar al desahucio. Se recoge el segundo considerando del Tribunal Supremo, que es el que aborda la cuestión nuclear del asunto.

Considerando que por eso el verdadero problema es el que plantean tanto el motivo segundo como el párrafo primero del artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que en aquél se invoca y que ha tenido que aclarar la jurisprudencia, según la cual, la diferencia entre el arrendamiento de industria y el de local de negocio estriba en que, además del local y de otros elementos que en el mismo puedan existir, se transmite una organización que, aunque en el momento de arrendar se halle inactiva, sea susceptible de funcionar inmediatamente o a falta de meras formalidades administrativas, es decir, que pueda desarrollar la finalidad de producir o mediar en el mercado de bienes o servicios, lógicamente, por el arrendatario y no por el arrendador, y a este respecto, lo que dice la sentencia recurrida es que siendo el destino de lo arrendado producir carburos de calcio, no solamente era el complejo de cosas arrendado apto para la finalidad perseguida, sino que ya antes de 1928, en que se suscribió el contrato de arrendamiento, estaba destinado a esa misma producción de carburos por el anterior arrendatario y, por tanto, no hubo la interpretación errónea que atribuye a la sentencia el motivo segundo del recurso, que hay que desestimar, porque la calificación del contrato como de industria, a la luz de las razones anteriores, es correcta.

**PRECIO DE LA COMPRAVENTA. INTERPRETACION DE CONTRATO.
COMPETENCIA PROCESAL (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1971).**

En la cláusula quinta del contrato de compraventa de tres inmuebles celebrado entre don José Salceda, como comprador, y don Francisco Rodríguez, como vendedor, se estipuló que éste seguiría ocupando las tres fincas indicadas durante un plazo de dos años, contados desde la fecha de la escritura en que se formalizó el convenio, y que al transcurrir dicho término debería desocuparlas sin excusa ni pretexto alguno. Transcurrido el plazo con exceso, el comprador se vio obligado a exigir judicialmente el cumplimiento de la cláusula, en vista de la contumacia del vendedor. Juzgado y Audiencia acogen su pretensión y don Francisco Rodríguez recurre al Supremo alegando que se trataba de una compraventa simulada al ser ficticio el precio; que, en consecuencia, se había interpretado erróneamente el contrato, y que al subyacer realmente otro tipo de convenio (¿un arrendamiento?) el procedimiento utilizado no era el adecuado. El Alto Tribunal rechaza los tres motivos articulados.

Considerando que la violación del artículo 1.300 del Código Civil y doctrina legal que se cita, que por el cauce del número uno del artículo 1.692 se alega en el primer motivo, pretende fundamentar una simulación del contrato de compraventa celebrado entre las partes con base en el argumento de que el primer considerando de la sentencia del Juzgado declara la irrealidad del precio de 290.000 pesetas que en la escritura figura; mas el citado considerando, en lugar de hacer la declaración que se le atribuye, lo que establece con toda claridad es que el comprador, al hacerse cargo de las hipotecas que gravaban los inmuebles adquiridos, no sólo abonó las 290.000 pesetas que como precio se establecieron en el documento, sino hasta un total de más de 1.300.000 pesetas, por lo que es esta cantidad la que ha de tenerse en cuenta como contraprestación real, sin que, por tanto, pueda estimarse el precio simulado, procediendo por ello la desestimación del motivo.

Considerando que en el segundo motivo, en que por el mismo cauce procesal se denuncia la violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil, con independencia de que al no citar el párrafo del primero de los aludidos preceptos que se considera infringido, se incurre en falta de claridad, se incide en el vicio de modificar la base fáctica establecida en la resolución recurrida sin atacarla por el cauce adecuado, pretendiendo sustituir la interpretación hecha por la Sala de Instancia por la propia, haciendo supuesto de la cuestión debatida y llegando a conclusiones jurídicas (calificando el contrato como negocio fiduciario) contrarias a las que con criterio lógico estableció el Tribunal *a quo*, debiendo por ello ser desestimado.

Considerando que siendo la entrega de la cosa vendida primordial obligación del vendedor y fijado el plazo de entrega de aquélla al transcurrir dos años desde la firma del contrato, sin que resulte acreditado que el vendedor haya satisfecho cantidad alguna por la posesión de la cosa durante tal período, es evidente que la acción ejercitada, como acertadamente sostiene la sentencia recurrida, nace del contrato de compraventa y no de otro negocio jurídico cuya existencia alega y no prueba el recurrente, por lo que no existe ninguna de las infracciones denunciadas en el tercer motivo, que por ello debe, igualmente, decaer.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA RECLAMAR DAÑOS Y PERJUICIOS EXTRACONTRACTUALES (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1971).

Los actores eran propietarios de dos inmuebles de similares características situados en Ablaña (Oviedo), en las proximidades de la explotación minera conocida por «Nueva Montaña Quijano, S. A.», luego integrada en «Hulleras del Norte, S. A.» (HUNOSA). Las capas sobre las que se asentaban los dos edificios fueron paulatinamente afectadas y removidas a causa de los imperativos de la explotación. Como consecuencia de ello, los inmuebles, que databan de 1962, fueron agrietándose poco a poco hasta que en enero de 1969, la propia HUNOSA instó ante el Ayuntamiento de Mieres expediente de ruina, que concluyó con el desalojo de los edificios (9 de mayo del mismo año). Los actores interponen demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, en reclamación del valor de las casas (1.223.803 ptas.) y de las rentas dejadas de percibir (2.200 y 2.050 pesetas cada mes, respectivamente), contra «Nueva Montaña Quijano, S. A.» y HUNOSA. Esta última consigue que prospere su excepción de falta de legitimación pasiva, recayendo la estimación de la demanda y condena subsiguiente en la otra codemandada. Apela ésta y la Audiencia enmienda la instancia, desestimando la pretensión de los actores por haber prescrito su acción. El Tribunal Supremo vuelve a rectificar el fallo, declarando vigente la acción y condenando solidariamente en su segunda sentencia a las dos demandadas iniciales. He aquí el razonamiento del Alto Tribunal:

Considerando que la acción realmente ejercitada por los demandantes no es la de reparación de los daños sufridos en el año 1963 por el simple agrietamiento de las casas de su propiedad, sino la de indemnización de los daños y perjuicios experimentados por ellos a causa de la pérdida de esos inmuebles, originada por la ruina de los mismos, hecho este último al que se refiere la sentencia recurrida, al afirmar que en el mes de enero de 1969 HUNOSA interesó del Ayuntamiento de Mieres que tomase «las medidas del caso para que sean desalojados dichos inmuebles; consecuente con esta instancia, el Ayuntamiento tramitó el expediente de ruina, en el que con fecha 9 de mayo de 1969 ordenó que los edificios fueran desalojados en el plazo de cuarenta y ocho horas y se procediera a su inmediato derribo, a lo que no se opusieron los demandantes, y, en fin, en 23 de mayo de 1969, la Comisión Municipal Permanente declaró en estado de ruina inminente las dos casas de autos».

Considerando que sobre esta base ha de ser acogido el motivo primero, dado que si la acción aludida en primer término, esto es, la no ejercitada en la demanda, podría haberse considerado prescrita, a tenor de los hechos que el Tribunal sentenciador declara probados respecto a los agrietamientos aludidos, no puede estimarse lo mismo en orden a la acción realmente ejercitada por los interpelantes, ya que no se trata de una reclamación de daños continuados en sentido estricto ni de «daños permanentes» o de «efectos permanentes» de un acto instantáneo, a los que podría ser aplicable la doctrina jurisprudencial recogida en el considerando cuarto de la sentencia de Instancia, sino de la petición de indemnización por un resultado «nuevo», la ruina total, determinante de unos daños y perjuicios que no eran conocidos en su plenitud en el año 1963 ni consta que entonces fueran previsibles, aunque tal resultado fuese la consecuencia de una serie distinta de actos sucesivos que progresivamente causaron la ruina aludida, por lo que al entenderlo de otra manera, la resolución impugnada incidió en la aplicación indebida del número segundo del artículo 1.968 y violó el artículo 1.969 del Código Civil.

La *ratio decidendi* del fallo transcrito se apoya, como puede apreciarse, en la distinción entre dos reclamaciones. Por un lado, la reclamación contra el agrietamiento paulatino, iniciado en 1963, que habría prescrito claramente, según la Audiencia, en 1969, y, de otro, la reclamación contra la ruina total, como «resultado nuevo», interpuesta oportunamente en el plazo anual que concede el artículo 1.968 del Código Civil. La Audiencia entendió que se formulaba la primera pretensión y el Tribunal Supremo rectificó con acierto la apreciación de aquélla.

Llama la atención que la Audiencia Territorial no hubiera aceptado la acción de los damnificados, limitada, al menos, a los efectos ruinosos causados en el año inmediatamente anterior a la demanda. En las reclamaciones contra daños continuos, que eran los que la Audiencia entendía producidos, resulta equitativo e *intra petita* esta salvación parcial de la pretensión, porque, como dice un autor, «de prosperar otro criterio, todo aquel que por tolerancia o por cualquier otro motivo legítimo y hasta digno de encomio hubiera dejado pasar el plazo del año desde que tuvo conocimiento de los daños sin reclamar, tendría que resignarse a padecer indefinidamente los males que la impericia, el abandono o la negligencia de un tercero tuvieran a bien inferirle». El Tribunal Supremo no tuvo ocasión de verificar esta rectificación, sobre la que incide jurisprudencia contradictoria, y halló otra vía mucho más atinada en la distinción que antes apuntamos. Apoya su criterio en el razonamiento de que los daños y perjuicios contra los que se reclamó no eran conocidos ni previsibles en su plenitud en el año 1963, y, en efecto, si la acción aquiliana inicia su prescripción desde que el daño fue conocido por el agraviado (cf. artículo 1.968 del Código Civil), mal podían reclamar los actores contra una ruina que aún no se había producido y que tardaría seis años en acaecer.

Observemos, por último, que la sentencia concedió la reparación tanto del *damnum emergens* (valor de los edificios) como del *lucrum cesans* (rentas no percibidas); pero, en otro orden, no explica por qué condenó solidariamente a HUNOSA, que en Primera Instancia carecía de legitimación pasiva. Si resulta que el daño se produjo cuando ya dicha sociedad había absorbido a «Nueva Montaña Quijano, S. A.», entonces ésta debió quedar absuelta, pues no hay que olvidar que el daño ha derivado de un hecho puntual (la ruina), no de una situación continua. No es concebible que al operarse el hecho de la ruina coexistieran las dos entidades.

J. M. R. P.

IV. FAMILIA

RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL: *reconocimiento expreso y tácito. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 135, 2.º, DEL CODIGO CIVIL: su alcance, los requisitos de la posesión de estado y la cuestión de hecho de su prueba.* GONZÁLEZ c. NARANJO y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1971).

Antecedentes.—Entre ambas partes se debatía una serie de *hechos*, en cuya apreciación los dos disentan: 1) la convivencia entre actora y demandado durante doce años como un «cuasi-matrimonio» (afirmado por ella y negado por él en base a la socorrida excepción de *plurium concubentium*); 2) el hecho de una prole habida a consecuencia de las relaciones entre ambos, de tres hijos de doce, nueve y ocho años (afirmado

por ella y negado por él en base a que no los había reconocido expresamente «con escrito indubitado de su propio puño y letra»); 3) la promesa de reconocer a los hijos habidos y el reconocimiento *tácito* en base a la posesión de estado; 4) la *prueba* de los actos demostrativos de la posesión de estado, consistentes en varios documentos—cartillas de escolaridad del Ministerio de Educación Nacional, libretas de notas de un Colegio, tarjetas postales escritas por el presunto padre a una hija en la que le pone su apellido, tarjetas conmemorativas de la Primera Comunión de dos hijos y varias fotografías—(para la actora, tales documentos evidenciaban la posesión constante de estado de hijo natural de tales menores; para el demandado había que distinguir la distinta naturaleza de los diversos documentos aludidos: unos, documentos oficiales; otros, privados; otros, de naturaleza inespecífica, y otros, cual las fotografías, que nada dicen, por lo que de todos ellos no se infiere la paternidad de tales criaturas); 5) el reconocimiento hecho por el demandado en un proceso criminal por querrela contra la actora por supuestos escándalos y amenazas (la actora enumeraba previos malos tratos, el proceso y la declaración ante el Juzgado del demandado en la que reconoce su paternidad de los tres hijos y hasta la calle en que nacieron; el demandado, tras negar tal reconocimiento, en base a que tal acta de declaración en un proceso criminal de una parte o un testigo *ni* es documento indubitado a efectos de reconocimiento, *ni* siquiera documento auténtico a efectos de casación, alegaba la inexistencia de la «separación» alegada por la actora al no existir entre ellos ningún vínculo familiar); 6) los actos directos del padre acreditativos de la posesión de estado (según la actora, de carácter firme, resuelto y espontáneo, y para el demandado, meras afirmaciones de la otra parte).

La demanda finaliza con la súplica de que se dicte sentencia declarando obligado al demandado a reconocer a los menores... como hijos naturales, con la obligación de tener su apellido, recibir alimentos y percibir la porción hereditaria que determina el Código Civil, condenándole, además, a estar y pasar por esta declaración.

En su contestación a la demanda, el demandado termina suplicando se dicte sentencia desestimando totalmente la demanda. Lo mismo hizo el Ministerio Fiscal, en tanto los hechos alegados no fueran debidamente acreditados.

Tras las pertinentes pruebas, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando totalmente la demanda.

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en el siguiente motivo único: por aplicación indebida del artículo 135, 2.º, del Código Civil y de reiterada doctrina jurisprudencial que lo desarrolla: porque el artículo citado exige la concurrencia de un doble requisito, la posesión constante de estado de hijo natural respecto del padre y la justificación de dicha posesión por actos directos del progenitor o de la familia de éste, y la jurisprudencia, en esclarecimiento de tales requisitos, ha ido precisando una serie de *principios* a tener en cuenta por los Tribunales: el *primer* principio es el de que los derechos de los hijos naturales no los establece el Código sobre la base de la investigación y prueba de la paternidad, principio olvidado por la Sala de Instancia al imponer al recurrente el reconocimiento en virtud de la mera convivencia con la madre de los menores, lo que equivale a autorizar la investigación de la paternidad, y cita sentencias de 25 de febrero de 1927 y 24 de marzo de 1927; el *segundo* principio es el de que *no cabe* fundar la paternidad en presunciones ni bastan tampoco actos que revelen el convencimiento de la misma, principio tampoco respetado en las

sentencias de Instancia, ya que los documentos presentados *no evidencian* la voluntad libre y espontánea de reconocerlos como hijos suyos y la frase «un saludo a la niña más pequeña de la casa» no equivale a que «niña» se interprete en su acepción extensiva; un *tercer* principio jurisprudencial es el de que la justificación de la posesión ha de consistir en una serie de actos directos y repetidos que acrediten con evidencia notoria la voluntad firme, espontánea y resuelta del padre de tener por hijo natural al que pretende ser reconocido y que demuestren cumplidamente la *continuidad* de esa posesión, principio no observado en la sentencia, que deduce la posesión de estado de actos que *no* revelan la voluntad libre y espontánea de reconocer, sino que incluso podían ser ajenos a su voluntad, actos que *no* son directos del recurrente, y, *finalmente*, la doctrina jurisprudencial respecto al precepto cuya indebida aplicación se denuncia es reiteradísima, en el sentido de que «no basta el conocimiento de actos por parte de aquel a quien se quiere obligar a reconocer ni tampoco el convencimiento de la paternidad, sino la *voluntad* libre y espontánea de tener al hijo por tal», lo que tampoco ha sido respetado por la Sala de Instancia, y la concurrencia de dichos requisitos y principios es indispensable para que entre en juego el número 2.º del artículo 135 del Código Civil.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso del demandado en sentencia de la que es ponente don Manuel Lojo Tato, que fija esta interesante doctrina:

Considerando que, *en principio*, cual se sostiene en la *sentencia de este Tribunal de 14 de junio de 1967, el reconocimiento de hijo natural lo mismo puede inferirse de ciertos actos* que han de servir de base a la acción de declaración judicial de esa paternidad—«reconocimiento tácito»—*que manifestarse a través de la palabra oral o escrita*—«reconocimiento expreso»—, y aunque *cierto es que en nuestro Derecho vigente no impera el principio de libertad completa de investigación de la paternidad*, cual se desprende de la base quinta de la Ley de 11 de mayo de 1888, como se reconoce en la sentencia recurrida, *el artículo 135 del Código Civil, en su número 2.º, dispone, no obstante, de manera clara y precisa*, que «el padre está obligado a reconocer al hijo cuando éste se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia», *constituyendo esa posesión de estado una cuestión de hecho sometida a la apreciación judicial, de acuerdo con muy reiterada y conocida doctrina jurisprudencial de esta Sala*, como tal recordada, entre otras muchas, por la sentencia de 26 de febrero de 1966, correspondiendo, en general, su estimación al Tribunal sentenciador de Instancia, *si bien se requiere que los elementos demostrativos de esa posesión se acrediten por prueba directa y no por meras y simples presunciones, de modo que la misma se derive de un conjunto o serie de actos reiterados que por su naturaleza y circunstancias determinen una situación de hecho de carácter permanente*, aunque en su exteriorización pueda tener interrupciones, *siendo esos elementos probatorios básicos combatibles en casa*, tanto en lo que se refiere a su existencia como a su valoración probatoria, pero *valiéndose al efecto de la vía procesal que ofrece el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, pudiendo resumirse esos elementos, según la doctrina clásica, en los conceptos «nomen, tractatus y fama o reputatio»*, aunque en el orden probatorio tengan más preponderancia y relieve *los dos últimos*, ya que se refieren a los requisitos de continuidad y publicidad, *si bien, en lo que concierne a la «reputatio» o fama, lógicamente no cabe exigir que los actos demostrativos de la paternidad natural sean tan ostensibles como en la legítima*, cual en la

última citada sentencia de esta Sala se destaca, recogiendo la doctrina sobre este extremo.

Considerando que en *el motivo único*, que es el fundamento de este recurso, alegado al amparo del apartado 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la infracción por aplicación indebida del artículo 135, número 2.º, del Código Civil, *aduciendo que*, dado el tenor literal del mentado número 2.º del artículo 135 del Código, para la imposición del reconocimiento del hijo natural, con fundamento en dicho precepto, *se exige como doble requisito* «la posesión constante de estado de hijo natural respecto al padre» y «la justificación de dicha posesión de estado por actos directos del progenitor o de la familia de éste»; *pero esa doctrina es la que precisamente ha sido sustancialmente observada en la sentencia que se impugna, sin que los hechos en que el Tribunal a quo basa su acertado juicio para proclamar la posesión de estado de los tres hijos hayan sido desvirtuados* en modo alguno por el ahora recurrente, *pues éste no ha combatido la apreciación de tales hechos valiéndose al efecto del ordinal séptimo del ya mentado artículo 1.692 de la Ley Procesal aplicable, y por ello las apreciaciones probatorias de la Sala de Instancia y sus afirmaciones «de facto» deben ser íntegramente respetadas, siendo, por otra parte, suficientes para justificar la posesión de estado por actos directos del padre demandado, cual la sentencia recurrida propugna, de conformidad con la doctrina primeramente expuesta; sin que sea aceptable doctrinalmente el alcance restringido que pretende darse a dicho párrafo 2.º del artículo 135 del Código Civil ni sirva para enervar la apreciación de los hechos de la Sala sentenciadora alegar otros sobre la conducta de la mujer demandante y otros extremos, cuando tales hechos no se estiman probados en la sentencia que se impugna; no siendo tampoco aplicable al caso las dos sentencias de esta Sala que se mencionan*, puesto que el Tribunal a quo no funda su criterio en el simple hecho de la existencia de unas relaciones ilícitas entre la actora y el demandado, *sino en otros hechos que implican conceptos de «nomen, tractatus y fama», y no se basa tampoco en meras presunciones, sino en un conjunto o serie de actos que estimó probados, conjunto que no vale desarticular, prescindiendo de algunos, para destruir la base probatoria demostrativa de la posesión de estado, por todo lo que el motivo único no puede prosperar y, en consecuencia, debe declararse no haber lugar al recurso con costas y pérdida del depósito.*

J. C. G.

V. SUCESIONES

ACCIONES DE PETICION DE HERENCIA Y DE PETICION DE LEGITIMA. SUS DIFERENCIAS. PRESCRIPCION. LEGITIMA ARAGONESA. HEREDERO APARENTE. Artículos 30, 32, 33 y 35 del Apéndice Foral Aragonés, y 192, 1.016 y 1.021 del Código Civil (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1971).

La prescripción de la a. p. h. comienza no desde la muerte del causante, sino desde que el heredero aparente exterioriza su intención de poseer por sí los bienes hereditarios.

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 por infracción de Ley interpuesto por la parte

demandada y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, estableciendo la siguiente doctrina:

Considerando que en el primer motivo del recurso, amparado en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la supuesta violación del artículo 33 del Apéndice Foral de Aragón, vigente cuando ocurrieron los hechos base del pleito, cuyo pleito dispone que «el plazo de prescripción extintiva de las acciones de los herederos forzosos dimanados de su legítima será el de cinco años»; en tesis de los recurrentes, el derecho cuya realización se pretende por los actores, teniendo en cuenta lo que éstos alegan en el fundamento III de su demanda, no es otro que el que les corresponde como hijos de don A. V. L., con arreglo a los artículos 30 y 35 del aludido Apéndice, no importando a la verdadera naturaleza de la acción ejercitada que haya que remover los obstáculos que supongan los títulos cuya nulidad postulan, sin que la acción se dirija a la apertura de la sucesión intestada como medio de obtener su derecho los herederos legitimarios, sino que lo que cuenta para calificar la acción—dicen dichos recurrentes—es el derecho de cuya realización se pretende y el título como base al cual se actúa; el derecho que se pretende es que, por el camino de la sucesión intestada de don A. V. L., se declare herederos del mismo a las personas que se designan en el apartado tercero del suplico de la demanda, es decir, a quienes, con arreglo al artículo 30 del mencionado Apéndice, tienen la condición de herederos forzosos, y el título que ampara la realización de este derecho—insisten—es el derivado de su condición de herederos legitimarios, toda vez que el causante, según los demandantes, falleció sin haber dispuesto *mortis causa* de los bienes en favor de ninguno de sus hijos; el hecho de que los actores sean herederos abintestato del causante para los recurrentes no excluye su cualidad de herederos forzosos, aunque les amplíe su cuota, y para tales recurrentes, el invocado artículo 33 no establece distinción entre acción de petición de herencia y acción de petición de legítima, abarcando a una y otra cuando se trate de problemas litigiosos entre herederos forzosos, que afectan a sus derechos legitimarios, que es precisamente lo que—según dichos recurrentes—sucede en el presente caso, en que unos hijos del causante reclaman a otros, previa la nulidad de determinados títulos, los derechos hereditarios a la sucesión del padre, que es el caso contemplado en el artículo 32 del Apéndice, por lo que concluyen era de aplicación el plazo de prescripción del artículo 33 del repetido Apéndice.

Considerando que realmente este motivo plantea una cuestión relativa a cuál sea la naturaleza de la acción ejercitada en el pleito, pues mientras para los recurrentes es la acción de legítima, que a los herederos forzosos confiere el artículo 33 del Apéndice Foral Aragonés, que, por tanto, prescribe a los cinco años; en cambio, para la sentencia impugnada y para los demandantes recurridos, es la acción de *actio petitio hereditatis*, con plazo prescriptivo de treinta años, y cuyo momento inicial para el cómputo de él no se produjo por la muerte del causante, sino por el acto en que el heredero aparente, que se titula «único instituido», exteriorizó de manera ostensible y solemne su carácter de poseedor de la herencia en concepto de dueño único y exclusivo de ella.

Considerando que quien se arroge la *cualidad de heredero* de una persona *puede ejercitar* no sólo las *acciones singulares que correspondían al causante* en vida, como si fueran propias del difunto, sino que también puede ejercitar *aquellas* que sin corresponder a dicho causante *surgen como consecuencia del título sucesorio*, las que, a su vez, son de dos clases: las *universales*, que protegen el derecho hereditario en su considerando de consideración unitaria—*actio petitio hereditatis*, interdicto

de adquirir—, y las *particulares*, que el heredero tiene a su favor, en defensa de sus *concretas facultades*, entre cuyas acciones figuran las de proteger el derecho a la legítima—*ad supplementum*, querella de *inefficiosi testamenti*, reducción de donaciones inoficiosas—o el derecho de hacer cesar la comunidad hereditaria—*actio familiae eriscundae*.

Considerando que para determinar la clase de acción que se ejercita en el pleito que origina el recurso hay que atenerse a las alegaciones de los demandantes a que las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda, en la cual concretamente alegan que ejercitan las «acciones reales y personales derivadas del derecho de sucesión *mortis causa*» a la herencia de don A. V. L., que falleció intestado y sin disponer en forma alguna de sus bienes, que a su fallecimiento pasaron a ser poseídos por su viuda, doña P. U. U., por virtud de usufructo legal aragonés, hasta su fallecimiento, ocurrido el 19 de mayo de 1946, en cuya fecha entró en posesión de la herencia o patrimonio el hijo del primer matrimonio del causante, don M. V. C., que manifestó que había sido instituido por dicho causante, fundándose para ello en un acta de notoriedad de 5 de abril de 1941, en la que se hacía referencia a dicha institución de heredero, que decía realizada en fecha no precisada del año 1932, la cual institución de heredero negaban los demandantes que hubiera tenido realidad, por todo lo que éstos manifestaban que ejercitaban «una acción de petición de herencia que tiene por objeto... que se le reconozca la cualidad de herederos, independientemente de cualesquiera que sean los bienes que puedan integrar la herencia del causante, don A. V. L., postulando, en consecuencia, en el suplico de tal demanda, que se declarase: Primero, la inexistencia de disposición testamentaria de cualquier especie que pueda atribuirse a don A. V. L., y especialmente la de institución de heredero a favor de su hijo don M. V. C., mediante otorgamiento de escritura pública en ignorado día de 1932. Segundo, la nulidad de la aludida acta de notoriedad. Tercero, la apertura de la sucesión intestada de don A. V. L. y que eran herederos abintestato del mismo sus hijos y demás descendientes que señalaban. Cuarto, condenar a los demandados a abonar a los demandantes los fondos indebidamente percibidos que hubieran podido percibir. Quinto, la nulidad de todas y cada una de las inscripciones o asientos registrales relativos a los bienes de dicha herencia en favor de don A. V. C. o de sus herederos».

Considerando que atendidas esas alegaciones y pretensiones de la demanda resulta evidente que, como la sentencia recurrida acertadamente proclama «sin ningún género de duda, la acción fundamental—ejercitada—es la petición de herencia que dirigen los actores contra los que poseen un patrimonio hereditario que no les ha sido deferido y que entienden les corresponde en porción legítima por intestado de don A. V. L., acción que no puede confundirse—continúa diciendo dicha sentencia—con la petición de legítima que a los legitimarios corresponderían contra un determinado y reconocido heredero».

Considerando que con referencia a la acción de petición de herencia es de advertir que aunque nuestro Código Civil, siguiendo al francés, no la reguló de un modo concreto, la alude, sin embargo, de una manera directa cuando reserva al ausente «las acciones de petición de herencia»—artículo 192—, cuando dice que la herencia puede aceptarse «mientras no prescriba la acción para reclamarla»—artículo 1.016—y también de manera indirecta, al permitir que se pueda reclamar judicialmente «una herencia de que otra se halla en posesión por más de un año»—artículo 1.021—, por lo que nuestra jurisprudencia tiene que reconocer su existencia y su naturaleza prescriptible, como aquellos preceptos dan a indicar, señalándole como plazo de tal prescripción el de treinta años—sentencias de 30 de marzo de 1889, 22 de octubre de 1930, 28 de enero

de 1892, 1 de mayo de 1904, 20 de abril de 1907, 28 de febrero de 1908, 24 de febrero y 21 de junio de 1909, 18 de mayo de 1932, 25 de octubre de 1950, 12 de abril de 1951, 12 de noviembre de 1953, 6 de marzo de 1958, 25 de enero y 8 de octubre de 1962, 12 de junio y 12 de noviembre de 1964, 7 de enero de 1966, limitando sólo la de 30 de junio de 1924, digo 1928, la acción de nulidad de testamento a quince años, por entender que era de carácter marcadamente personal.

Considerando que en el motivo segundo, y también con amparo del número primero del mencionado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos 1.763 y 1.969 del Código Civil, en relación con los artículos 657 y 661 del citado cuerpo legal, y la violación, asimismo, de la doctrina legal que allí se cita, los recurrentes, para construir su tesis impugnatoria de la sentencia, admiten lo que ésta proclama respecto a que la acción ejercitada sea la petición de herencia y que su prescripción se produce por el plazo de los treinta años, pero discrepan en cuanto a cuál ha de ser el momento inicial en que comienza a correr el plazo, pues para ellos es precisamente al del fallecimiento del causante, a tenor de los artículos 657 y 661, que determinan, respectivamente, que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» y que «los herederos suceden al difunto por el solo de su muerte», ya que, para dichos recurrentes, la acción de petición de herencia no requiere acto alguno volitivo ni de desconocimiento de derecho del actor, debiendo comenzar a correr el tiempo desde el fallecimiento del actor causante, pues desde entonces se pueden ejercitar las acciones derivadas de la condición de heredero, por lo que la sentencia recurrida, al desplazar el cómputo de la prescripción extintiva más allá de la fecha de aquel fallecimiento—concluyen los recurrentes—infringe, por violación, los preceptos invocados y la doctrina legal contenida en las sentencias que relacionan.

Considerando que verdaderamente el problema fundamental que este motivo del recurso plantea es el de la determinación del momento inicial de la prescripción extintiva, que tantas dudas y durante dificultades ha suscitado en la doctrina, el cual pretende resolver nuestro Código consagrando como regla general el de la *actio* nata, en su artículo 1.969, que parece aceptar el principio de la *realización*, muy difícil de aplicar cuando se trata de derechos personales, pero que no tiene tan sencilla aplicación en los derechos reales, en los que parece que la acción ha nacido cuando el derecho ha sido lesionado o violado.

Considerando que en esta dirección se pronuncia casi unánimemente la doctrina científica, que sostiene que el momento inicial de la prescripción de la acción de petición de herencia no es el de la defunción del causante, sino aquel en que el poseedor aparente empieza a poseer los bienes hereditarios *animo suo*, es decir, exteriorizando su intención de hacerlos propios, titulándose dueño de los mismos, comportándose como tal y negando a los demás el carácter de heredero que invocan, que es verdaderamente el momento en que lesiona los derechos de ellos y hace surgir a la vida del derecho la acción que las protege, y en igual sentido parece también orientarse la jurisprudencia en los supuestos del ejercicio de la acción familiar *erescundae*, del artículo 1.965 del Código Civil, en los que por los demandados se opone la excepción de usucapión o prescripción adquisitiva de los bienes—sentencias de 31 de mayo de 1899, 15 de abril de 1904, 24 de noviembre de 1906 y 6 de junio de 1917—, y en el supuesto de ser menor de edad la persona contra la que se esgrime la prescripción de la acción de petición de herencia—sentencia de 12 de noviembre de 1966.

Considerando que en el caso de autos, y toda vez la sentencia recurrida sostiene que no aparece acto alguno de posesión por parte de don M. V. C., sino desde el día en que éste se ha arrogado la calidad de heredero, antes de cuyo acto podía poseer por otros títulos, como hijo conviviente con el padre, A. V. L..., que fue el 5 de abril de 1941 en que ante Notario le declaró y logró acta notarial acerca de la posesión de los bienes a título de dueño en concepto de heredero instituido en vida, y estas afirmaciones básicas no fueron combatidas y permanecen inalterables, resulta—como acertadamente proclama dicha sentencia—«evidente que desde este primer acto lesivo de los derechos de los demás herederos no han transcurrido treinta años, pues la demanda lleva fecha de presentación de 29 de agosto de 1968, y, por tanto, que la aludida acción de petición de herencia ejercitada por los demandantes no ha prescrito.

Considerando que, por lo que respecta a la doctrina jurisprudencial, que el recurrente pretende deducir de las sentencias que cita, es de advertir que no se oponen a la tesis que sustenta la resolución impugnada, por lo que no puede sostenerse que ésta le ha sido infringida.

Considerando que en el motivo tercero, y con amparo en el número segundo del mencionado artículo 1.692, se combate la sentencia recurrida, imputándole un vicio de incongruencia, por infringir, por violación, el artículo 359 de la Ley Procesal, al estimar que el plazo de prescripción estaba afectado por la suspensión ordenada en la Ley de 1 de abril de 1939, tema éste que—según los recurrentes—no fue objeto del debate, pues no es el artículo por ninguna de las partes litigantes el problema de tal suspensión ni, por tanto, se alegaron los hechos necesarios para la aplicación de sus normas si pudieran ser objeto de prueba; mas el examen de ese motivo resulta superfluo, porque cualquiera que sea el resultado del mismo—próspero o adverso para dichos recurrentes—no podría originar la casación del fallo, puesto que, como ellos mismos reconocen, tal argumentación no es la única en que se basa la desestimación de la excepción de prescripción, sino que se emplea a mayor abundamiento y, por tanto, el éxito de este motivo únicamente repercutiría en el fallo de casación si se hubieran combatido eficazmente todos los demás razonamientos que servían de apoyo a la réplica de dicha excepción, lo cual no se ha verificado.

Considerando que en el último motivo del recurso se trae a la decisión de la Sala la delicada y discutida cuestión de si frente al demandante, que ejercita la *actio petitio hereditatis*, puede el heredero aparente oponer la excepción de usucapión o prescripción adquisitiva de los bienes singulares y cuál ha de ser el plazo de tal prescripción, cuya cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia, en el sentido de que la usucapión alegada no puede tener plazos más cortos que los de la prescripción de la acción esgrimida, pues si esto no se admitiese, se produciría la ineffectividad de tal acción—sentencia de 18 de mayo de 1932 y 12 de abril de 1951—; por consiguiente, si la sentencia recurrida ha proclamado que el plazo de la prescripción de la acción de petición de herencia ejercitada era de treinta años, y que dicho plazo no comenzó a correr hasta el 5 de abril de 1941, en que el heredero aparente exteriorizó su intención de poseer por sí los bienes hereditarios, o estas afirmaciones—como queda dicho—no fueron eficazmente combatidas, parece lógico concluir que si hasta esa fecha no poseyó *animo suo*, hasta ella no puede empezar a correr el plazo de la usucapión, que tenía que ser a treinta años, porque le faltaban al poseedor del justo título para amparar la ordinaria de menor de plazo, toda vez que la sentencia recurrida ha estimado inexistente la alegada institución de heredero y era semiclandestina el acta de notoriedad con que pretendía darle salida.

COMENTARIO.—Señala esta interesante sentencia las diferencias entre las acciones de petición de herencia y la de petición (o reclamación) de legítima.

La a. p. h. es de carácter universal, su plazo de prescripción suele ser largo (treinta años, por lo general) y es una consecuencia del título sucesorio, mientras que la acción de reclamación de legítima es de carácter particular, tiene un plazo de prescripción más breve y es una consecuencia de un derecho o cualidad concreto (la de legitimario o el derecho a legítima).

PARTICION POR CONTADORES. MODIFICACION. SOCIEDAD CONYUGAL TACITA ARAGONESA. Artículo 48 del Apéndice (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1972).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el actor y apelante, conforme a las consideraciones siguientes, de las que se desprenden los hechos que motivan el presente litigio.

Considerando que la impugnación de la partición de la herencia de don D. E. hecha por los contadores partidores se lleva a cabo por dos grupos de herederos: uno formado por don C. y don E. E. V. y otro constituido por el hermano de los anteriores don T. E. V., habiendo sido acogida, en ambas instancias, la tesis propugnada por los primeros, en virtud de la cual ordena la Audiencia a los contadores que modifiquen la partición en el sentido de que pertenecían al causante las fincas que se designan con expresión del número correspondiente, precisamente en la escritura de 26 de mayo de 1966, de partición de herencia de los bienes quedados a la muerte de doña P. V. A., incrementados por dos fincas más, que describe, teniendo las demás fincas incluidas en el inventario antes aludido, en el sentir de la sentencia impugnada, la condición de «consorciales», y es contra estas tres determinaciones del fallo de Instancia contra lo que se alza el recurso formulado por don T. E. V., que propugna la tesis de que todos los bienes descritos en la escritura antes mencionada pertenecían en pleno y exclusivo dominio a su madre, doña P. V., de la que, salvo pequeños legados a favor de los otros tres hijos y nietos, él es universal heredero testamentario.

Considerando que hay que desestimar el segundo y el tercer motivo del recurso, ambos con amparo en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el primero de ellos, porque no revisten los caracteres de documentos auténticos ni el certificado del Catastro ni la certificación del Ayuntamiento, ambos valorables sólo a efectos tributarios, y el segundo, porque es intrascendente el hecho de haberse negado el recurrente a firmar el acta de 20 de abril de 1966, en la que concurre con el señor Juez Municipal, el Secretario del Juzgado, que da fe, el delegado del Ministerio Fiscal y los abogados de las partes, ya que al firmar aquéllos la revisten de unas garantías de autenticidad que el recurso trata de discutirle, aparte de que en este último motivo se ha olvidado en absoluto el recurrente de toda invocación de precepto valorativo de prueba.

Considerando que lo que en realidad se hace en el primer motivo del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal con la invocación de la aplicación indebida del apartado 3.º del artículo 48 del Apéndice Foral de Aragón, es contraponer la presunción legal de dicho artículo a la presunción de propiedad del poseedor, a que alude el artículo 448 de nuestro Código Civil, lo que, en primer lugar, es

cuestión totalmente nueva, y en segundo lugar, al argumentar así se prescinde de los hechos probados, ya que en ellos se le da a doña P. V. la condición de poseedora no en concepto de dueña, sino de administradora de la sociedad conyugal tácita instaurada a la muerte de su marido; pero es que, además, el fundamento de la sentencia impugnada, en el punto relativo a atribuir al causante de la herencia de cuya partición se trata la titularidad de determinados bienes, no es la presunción del artículo 48 del Apéndice aragonés, que hubiera conducido a dar a dichos bienes la condición de «consorciales», sino las auténticas manifestaciones vinculantes para él, vertidas por el recurrente en el acta de 20 de abril de 1966, antes aludida, por lo cual procede desestimar el motivo, y con él, la totalidad del recurso.

F. C. L.

COMUNIDAD HEREDITARIA Y CONSTITUCION DE SOCIEDAD. Artículo 1.068 del Código Civil (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1970).

Hechos.—El actor reclama la mitad indivisa de una serie de fincas por entender que formaban parte de la comunidad hereditaria existente entre él y los demandados, a lo que éstos se oponen manifestando que dichas fincas pertenecen privativamente a los mismos.

El Juzgado de Primera Instancia de Santoña desestima la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso.

Doctrina de la sentencia.—Frente a la alegación del recurrente de haberse infringido el artículo 1.068 del Código Civil, del que dice que se desprende que la comunidad hereditaria sólo se extingue por la partición, el Tribunal Supremo señala que «la resolución recurrida valora la constitución de sociedad no como causa de disolución de la supuesta comunidad, sino como un dato contrario del nacimiento y existencia de la misma y, en segundo lugar, porque aun cuando es discutida en la literatura científica la naturaleza jurídica de la aportación social, lo cierto es que la reiterada doctrina jurisprudencial la concibe como un verdadero negocio jurídico transmisivo, por lo que cuando es objeto de ella la propiedad de los bienes pertenecientes a varios titulares, su aportación por todos éstos a una sociedad revestida de personalidad jurídica, como lo está la regular colectiva constituida con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio (arts. 116 y 122 de este cuerpo legal), produce la extinción de la comunidad sobre dichos bienes, a lo que no se opone lo estatuido en el repetido artículo 1.068, ya que la partición no es la única causa extintiva del estado de proindivisión hereditaria».

J. M. G. G.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

SOCIEDAD ANONIMA

Censura de cuentas. Necesidad de que los administradores sometan a examen e informe las mismas a los censores.—Es doctrina de esta Sala, declarada en su sentencia de 23 de abril de 1966, «que la misión de unos y otros censores (o sea, los accionistas censores y los censores jurados de cuentas) es la de formular las cuentas presentadas por los administradores y redactar su informe por escrito sobre su exactitud y veracidad o haciendo los reparos que estimen convenientes para situar a los accionistas en condiciones de poder emitir su voto con conocimiento de causa, y para cumplir estas atribuciones se impone a los administradores el correlativo deber de someterles a examen e informe dichas cuentas con tiempo suficiente para que esas facultades investigadoras las puedan ejercitar en el plazo fijado en el citado artículo 108, máxime cuando los censores, sean o no accionistas, no pueden saber cuándo han formulado las cuentas los administradores, dado que éstos tienen un plazo máximo de cuatro meses para ello, hasta que los mismos no les recaben su revisión y censura, y como tal informe preceptivo no se solicitó ni por ello se pudo poner a disposición de los accionistas minoritarios, privándoles así de su derecho de información, la sentencia que así lo estima aplica con acierto los artículos 108 y 110 de la Ley» expresada; de modo que en estos casos, y no solamente previsto en la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre último, ha de declararse la nulidad del acuerdo social que, sin tales requisitos, aprobó las cuentas sociales (sentencia de 5 de febrero de 1972).

VI. QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

Complicidad en la quiebra. El de quiebra, por su carácter de juicio universal, produce efectos de cosa juzgada.—Al no haber un precepto expreso que obligue a resolver la complicidad en la pieza de calificación, es lógico y natural que se ventile en incidente separado cuando los hechos que la pueden producir son conocidos por los síndicos con posterioridad a la sustanciación y resolución de aquélla, y la no intervención del

Ministerio Fiscal se justifica, a diferencia de lo que para el quebrado dispone el artículo 895 del Código de Comercio, porque la declaración de fraudulencia del quebrado lleva aneja, conforme al artículo 896, la exigencia de responsabilidad de índole criminal, en tanto que la complicidad, conforme a los 893 y 894, produce efectos civiles, sin perjuicio, claro está, de las penas en que incurran, conforme a las Leyes de tal índole; es evidente que así como la declaración de quiebra fraudulenta lleva implícita la de proceder criminalmente contra el quebrado, artículo 895, la de complicidad produce efectos civiles, sin perjuicio de que los penales se tramiten por el procedimiento adecuado.

En cuanto a si ha de preceder la declaración de complicidad en el orden penal, según los artículos 893 y 894 del Código de Comercio, la constante y reiterada doctrina de esta Sala—sentencias, entre otras, de 12 de junio de 1951, 3 de mayo de 1967, etc.—viene reconociendo la absoluta y completa soberanía de ambas jurisdicciones, civil y penal, correspondiendo a la primeramente citada calificar de fraudulenta la quiebra para señalar a los autores o cómplices, tanto a efectos civiles como para provocar la apertura de procesos punitivos, sin que ello prejuzgue la resolución definitiva que, con soberanía plena, corresponde a la jurisdicción penal.

El juicio ejecutivo, por su carácter sumario, no produce la excepción de cosa juzgada y, en cambio, el de quiebra, por su carácter universal, asume aquéllos, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia da como hechos probados que el recurrente, confabulado con el quebrado, aumentó el valor de su crédito y sostuvo tal suposición en la Junta de acreedores (sentencia de 26 de mayo de 1972).

3.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

EL FIN DEL RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA ES PROCURAR LA PUREZA PROCESAL, EN GARANTIA DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES Y SUBSANACION DE DEFECTOS SUSTANCIALES DE PROCEDIMIENTO. ADEMAS DE CITAR EL NUMERO CORRESPONDIENTE DEL ARTICULO 1.693 DE LA LEY PROCESAL CIVIL, HAY QUE CITAR EL PRECEPTO LEGAL INFRINGIDO (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1971).

Considerando que el interés público que preside el recurso de casación tiene como nota característica la finalidad que persigue, que, por lo que se refiere al de casación por quebrantamiento de forma, es la de procurar la pureza procesal, en garantía del ejercicio de las acciones y de la subsanación de defectos sustanciales de procedimiento que puedan originar su nulidad, imponiéndose a los litigantes que desarrollen su actividad al recurrir, con observancia de los requisitos de tipo formal, entre los cuales figura el establecido por la doctrina de esta Sala, reflejada en las sentencias de 30 de noviembre de 1940, 22 de igual mes de 1941, 7 de marzo de 1946 y 24 de junio de 1947, entre otras, consistente en que además de citar el número correspondiente del artículo 1.693 de la Ley Procesal Civil, hay que citar el precepto legal infringido, que ha sido omitido, según lo evidencia el escrito de interposición del recurso, inobservancia que es causa de inadmisión, y en este trámite, de desestimación.

CONFORME A REITERADISIMA DOCTRINA DE ESTA SALA, DADO EL RIGORISMO FORMAL Y TECNICO DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA, SU FORMULACION HA DE AJUSTARSE A LAS PRESCRIPCIONES DE LOS ARTICULOS 136, «IN FINE», DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y 1.720 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, LA QUE ES SUBSIDIARIAMENTE APLICABLE EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO, A VIRTUD DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 150 DE AQUELLA (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1971).

Considerando que limitándose el primer motivo del recurso a denunciar, por la vía del número 3.º del artículo 136 de la Ley locativa, «la infracción del artículo 62, número 3.º, de la misma Ley y doctrina jurisprudencial», omitiendo, con quebranto de aquella claridad y precisión

que ambos artículos proclaman, el concepto por el cual se estima cometida, no bastando el genérico de «infracción», cuando ésta lo puede ser, por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, incide en la causa cuarta, que, como de inadmisión, establece el artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil, que en esta fase decisoria lo es de desestimación.

EN LAS DEMANDAS DE POBREZA, LA OMISION DE MEDIOS DE SUBSISTENCIA DEBE SER MALICIOSA O INFLUIR EN LA REALIDAD DE LA SITUACION ECONOMICA DEL LITIGANTE, A LOS EFECTOS DE PODERSELE CONSIDERAR O NO POBRE EN SENTIDO LEGAL (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1971).

Considerando que si bien es requisito indispensable en las demandas de pobreza que el actor declare los medios de subsistencia con que cuenta, según preceptúa el artículo 28, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la ocultación de alguno de ellos, sustrayendo a la apreciación del juzgador elementos de juicio, es motivo suficiente para denegar la concesión del beneficio legal de pobreza solicitado, esta doctrina ha de entenderse en el sentido que no toda omisión de tal naturaleza produce el mencionado efecto, sino que es preciso que la omisión sea maliciosa o influya en la realidad de la situación económica del litigante, a los efectos de podersele considerar o no pobre en sentido legal, lo que acarrea la desestimación del motivo tercero del presente recurso, pues la omisión de las cuentas de ahorro indistintas con su esposa, por su reducida cuantía, carece de trascendencia en el medio socio-económico actual, ni se desprende de los autos que su falta de mención en la demanda obedeciera a maliciosa ocultación, sino a simple omisión, que al no oponer nada en la situación económica de cada uno de los interesados, no impide que una vez conocida se les siga reputando como pobres a efectos legales.

Considerando que tampoco pueden prevalecer los dos motivos restantes, porque el primero, por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, va contra la apreciación conjunta de la prueba, que no puede enervarse aislando uno de los elementos que el Tribunal apreció en relación armónica con los demás; el segundo se funda en disposiciones de carácter administrativo, lo que bastaría para su inadmisión dirigida a la fijación de los nuevos porcentajes de cotización para la Seguridad Social principalmente, y en todo caso, el Tribunal *a quo*, haciendo uso del arbitrio que le concede el artículo 17 de la Ley Procesal, ha atendido a las circunstancias familiares de los interesados, sin que los hechos que le han servido de base hayan sido desvirtuados por el cauce legal pertinente.

AMPLITUD DE LA FACULTAD OTORGADA A LOS TRIBUNALES POR EL ARTICULO 340 DE LA LEY PROCESAL. LOS DOCUMENTOS APORTADOS EN VIRTUD DE ESTE ARTICULO TIENEN IGUAL EFECTO PROBATORIO QUE LOS PRESENTADOS POR LAS PARTES EN EL PLEITO Y LO SURTEN, AUNQUE POR ESTAS NO SE HAYA HECHO PRUEBA ALGUNA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1971).

Considerando que centrado el problema litigioso en la calificación del objeto arrendado y declarado por la sentencia recurrida que lo fue una industria de cafetería y no un local de negocio, se combate dicha declaración en el motivo primero del presente recurso, en el que, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se

denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba por inaplicación a *sensu contrario* del artículo 1.225 del Código Civil, dado que se funda la Sala sentenciadora, para hacer su calificación, en el contrato de arrendamiento que se aportó a los autos para mejor proveer, con lo que se juzga incumplido el artículo 1.508 de la Ley Procesal, y la autenticidad de dicho contrato fue expresamente negada por el escrito de contestación, por lo que carece de eficacia según el recurrente.

Considerando que la facultad otorgada a los Tribunales por el artículo 340 de la Ley Procesal es tan absoluta que ni las partes la pueden discutir ni contra su resolución cabe recurso alguno (sentencia de 6 de diciembre de 1947), y los documentos traídos a los autos en virtud del artículo son de igual efecto probatorio que los presentados por las partes en el pleito y lo surten, aunque por éstas no se haya hecho prueba alguna (sentencias de 8 de julio de 1914, 20 de diciembre de 1948 y 29 de abril de 1954), por lo que el Tribunal puede o debe formar su convicción con los elementos de juicio que obtenga haciendo uso de la facultad discrecional que, como excepción al principio rogatorio, le concede el citado artículo 340. Que contra las providencias para mejor proveer no cabe recurso alguno, ni las partes tienen en ellas más intervención que la que el Tribunal les concede, ni se ha producido indefensión, ni es aplicable el artículo 508 de la Ley Procesal, dictada para distinto supuesto. La Sala sentenciadora afirma en su segundo considerando que la parte hoy recurrente no niega que la relación arrendaticia en litigio está gobernada por el contrato aportado para mejor proveer y sólo disiente en la calificación jurídica del mismo, por lo que, al no combatirse tal declaración, hay que seguir dando plena eficacia a dicho contrato.

Como la sentencia se basa no sólo en la interpretación del contrato, sino en otras pruebas, que no se atacan, siempre quedaría subsistente la calificación impugnada, lo que obliga a desestimar este motivo, así como los segundo y tercero, que hacen supuesto de la cuestión; al razonar sobre un arrendamiento de local de negocio, que la sentencia recurrida no admite.

NATURALEZA PROCESAL DE LA ACCION DE NULIDAD DE TESTAMENTO O DE ALGUNA ACTUACION PERSONAL EN RELACION CON LA HERENCIA; NATURALEZA DE LA ACCION REFERIDA A LA INEFICACIA DE UNA CLAUSULA TESTAMENTARIA Y A LA NULIDAD O RESCISION DE OPERACIONES PARTICIONALES (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1971).

Considerando que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo tiene proclamado que—por supuesto, dejando a salvo las particularidades de hecho que en cada caso puedan concurrir—cuando lo que se ejercita es simplemente la acción de nulidad de testamento o de alguna actuación personal en relación con la herencia, la acción correspondiente tiene también carácter personal, pero sólo cuando ésa es la única pretensión que se ejercita, al modo como se hizo, entre otras, en las sentencias de 7 de junio de 1928, en que fue aquél el único problema que llegó a la casación, y en la de 18 de noviembre de 1941, donde la solicitud se contraía a la ineficacia de una cláusula testamentaria y a la nulidad o rescisión de operaciones particionales, aparte de la de 11 de julio de 1905, referente a un supuesto de nulidad de testamento, donde se estimó que era personal, por dirigirse contra los interesados, y mixta, por afectar a los bienes hereditarios—en cuanto que constaba la circunstancia de que los demandados se allanaron a la competencia elegida por el actor; pero, sin embargo, en casos similares al que aquí se contempla, en que

las acciones son varias, con repercusión directa e indiscutible sobre el conjunto de los bienes de la herencia, se ha elaborado una doctrina jurisprudencial, iniciada ya con las sentencias de 10 de febrero de 1892, 11 de julio de 1894 y 3 de noviembre de 1896; continuada después con las dos de abril de 1913, 11 de marzo de 1935 y 31 de octubre de 1942, y recogida recientemente en la de 16 de febrero de 1960, de acuerdo con la cual—, independientemente de que el juicio en que se entablen sea o no de testamentaria o de *ab intestato*, como en alguno de aquéllos sucedió, en efecto—la acción que se ejercita no puede reputarse personal—, que abocaría la competencia a la regla primera del artículo 62 de la Ley—ni tampoco puede decirse que tenga carácter mixto—, que haría entrar en juego la regla cuarta del mismo precepto, pues aunque esté integrada por peticiones de índole personal y real, lo que en verdad se pretende es anular unas participaciones y adjudicaciones del caudal relicto, centrado todo en unos derechos patrimoniales que constituyen la herencia como auténtica unidad o *universum ius*, fin éste para cuya obtención la nulidad del testamento—cuando se pide—es sólo un simple medio, lo cual obliga a atribuir la competencia al Juez del último lugar en que el causante hubiera tenido su domicilio, de acuerdo con la regla quinta del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento, aplicable por analogía, como con acierto aplicó en este caso el Tribunal a quo.

EN EL INCIDENTE DE IMPUGNACION DE TASACION DE COSTAS POR EL CONCEPTO INDEBIDAS PROMOVIDO EN NOMBRE DE LA CAJA PROVINCIAL DE AHORROS DE L. SE RECONOCE EL BENEFICIO DE POBREZA, DE ACUERDO CON LA LEGISLACION VIGENTE, SEGUN CONSIDERANDO QUE LITERALMENTE SE TRANSCRIBE (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1971).

Hechos.—Que practicada la oportuna tasación se dio vista de la misma a la representación de la Caja, quien presentó escrito estimando improcedente dicha tasación, fundándose esencialmente en el Decreto de 14 de marzo de 1933, aprobando el Estatuto para las Cajas Generales de Ahorro Popular, que tiene su antecedente en el de la misma fecha que aprobó los Estatutos del Instituto de las Cajas Generales de Ahorro, señalando el artículo 4 de esta última disposición, y muy especialmente el 3 de la primeramente citada, en cuanto establece a favor de su poderdante, el beneficio de pobreza para litigar sin necesidad de solicitarlo expresamente.

Considerando que dada la índole específica del organismo que plantea la cuestión y de acuerdo con lo solicitado, es preciso reconocer que goza del beneficio de pobreza para litigar, que fue ya atribuido a las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad por la Ley de 29 de junio de 1880 y mantenido por la actualmente vigente de acta de 14 de marzo de 1933, que en el párrafo 2.º del artículo 3 preceptúa que «por su carácter de (LAS CAJAS DE AHORRO) gozarán en dichas reclamaciones del beneficio de pobreza sin necesidad de solicitarlo expresamente», a causa de lo cual debe reputarse mal hecha la tasación de costas efectuada, que habrá de quedar sin efecto, no siendo posible—dada la naturaleza intrínseca y el alcance del beneficio—realizar las distinciones pretendidas por la parte oponente, no concurriendo méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas en este incidente.

4.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS Y LOS REQUISITOS DE LAS ACTAS DE NOTORIEDAD SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1972

I. ANTECEDENTES

1. El 10 de abril de 1967, la Real Sociedad Hípica Española Club de Campo se dirigió a la Comisaría de Aguas de la Cuenca del Tajo solicitando la inscripción en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas de un caudal de agua de 56 litros/segundo, derivado del río Manzanares, por razón de haberle adquirido por prescripción. Se acompañaba a la instancia acta de notoriedad, en la que se afirmaba:

«Hago constar que, a mi juicio, están suficientemente acreditados los hechos afirmados por el requirente y, por tanto, que la Real Sociedad Hípica Española Club de Campo viene extrayendo agua del río Manzanares, aprovechándola para riego del terreno del citado Club, con un volumen de 56 litros por segundo.»

2. En dicho procedimiento compareció «Canalización del Manzanares», oponiéndose a la inscripción solicitada.

3. El 6 de mayo de 1968, la Dirección General de Obras Hidráulicas dirige oficio al Comisario de Aguas del Tajo, en el que se destaca que en el acta de notoriedad aportada «se ha omitido en la descripción del objeto o destino del aprovechamiento la superficie de riego o, por lo menos, sus linderos, así como la descripción de la finca en su totalidad y título de adquisición, que figuran en la exposición en todas las actas de notoriedad, circunstancias todas ellas que sirven para conocer más exactamente el objeto del aprovechamiento, de acuerdo con el artículo 70 del Reglamento Hipotecario».

4. El 27 de mayo de 1970 se inscribe el aprovechamiento, haciéndose constar:

Nombre del usuario: «Real Sociedad Hípica Española Club de Campo» y Patrimonio Nacional, este último en concepto de nudo propietario de los terrenos objeto de riego, y aquella, de arrendataria.

Corriente de donde se deriva: río Manzanares.

Término municipal donde radica la toma: Madrid.

Objeto del aprovechamiento: riegos.

Superficie de riego: 56 hectáreas.

Caudal concedido: 56 litros por segundo.

Título del Derecho: prescripción acreditada mediante acta de notoriedad.

5. «Canalización del Manzanares» interpone contra la inscripción recurso de alzada, que se desestima por resolución del Ministerio de Obras Públicas de 7 de enero de 1971.

6. «Canalización del Manzanares» interpone recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por sentencia de la Sala Tercera de 11 de octubre de 1972.

II. LA SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1972

Esta sentencia, de la que fue ponente el excelentísimo señor don Isidro Pérez Frade, estima el recurso contencioso-administrativo y anula la inscripción a nombre de la «Real Sociedad Hípica Club de Campo». Como fundamento de esta resolución invoca los siguientes (considerandos primero a tercero):

Considerando que el escrito de demanda del presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal de «Canalización del Manzanares», acusa de diversos defectos procesales a la tramitación del expediente administrativo incoado a iniciativa de la «Real Sociedad Hípica Club de Campo» para obtener una inscripción de aguas derivadas del río Manzanares, pero, sobre todo, acusa, tanto en el repetido escrito como en el de conclusiones, una evidente falta de legitimación activa para solicitar la inscripción a que se hace referencia, que forzosamente ha de encontrar su adecuación legal en el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto que la parte solicitante ni ostenta la titularidad de derechos ni éstos, en su caso, son directos, pues aparece con claridad la doctrina que se expone en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario, referente a actas de notoriedad, que vienen a sustituir a la información posesoria requerida por el artículo 3 del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, sobre inscripción de aprovechamiento de aguas, en el cual se distan normas sobre tramitación y otorgamiento no solamente de las concesiones, sino de la adquisición por prescripción de dichas aguas, y ya en el número 3.º de dicho artículo 70 se expresa que el Notario hábil para autorizar el acta puntualizará en ella, además de otras circunstancias imprescindibles, la del tiempo que el interesado lleve de posesión en concepto de dueño del aprovechamiento a inscribir, como así lo reconoce en el propio expediente administrativo la entidad solicitante, y es de observar que en el caso de autos figura de manera expresa a los folios 1 y 52 que el propietario de los terrenos objeto de aquellos aprovechamientos, así como de las obras conducentes a los mismos, y sin los cuales éstos no pueden tener realidad, es el Patrimonio Nacional, que en ningún momento se ha personado en autos, mientras que se ha limitado a afirmar que la Entidad solicitante es arrendataria de lo que ella es propietaria, sin prueba alguna al efecto, y sin que, por otra parte, el mero consentimiento o asenso de dicho Patrimonio sea suficiente para desplazar a los efectos legales pretendidos la verdadera situación real de una y otra parte y sin que, en consecuencia, tampoco esta Sala pueda hacerse eco de aquellas simples manifestaciones, lo que pudiera semejarse a declaraciones de índole civil y ajenas al procedimiento administrativo.

Considerando que en el Fundamento de Derecho IV del escrito de

contestación a la demanda del presente recurso contencioso-administrativo, el Abogado del Estado opone una alegación de inadmisibilidad con fundamento en el artículo 82, letra b), de la Ley de Jurisdicción, esto es, invoca la falta de legitimación del Consejo para interponer recurso contencioso-administrativo, pues si bien «Canalización del Manzanares» tiene personalidad jurídica autónoma, en cuanto a sus relaciones jurídicas con los particulares, no es dueña del agua del río, que pertenece al Ministerio de Obras Públicas; pero con independencia de tal autonomía, que otorga a la repetida Entidad una clara legitimación para recurrir, es indudable que la personalidad de la misma ha sido reconocida por la Administración a lo largo del expediente administrativo y de los recursos posteriormente planteados en relación con el mismo, por lo que procede la desestimación de tal alegación.

Considerando que por todo lo expuesto procede acceder a lo solicitado en el escrito de demanda del presente recurso, esto es, a anular y dejar sin efecto el acto objeto de tal recurso y declarar la improcedencia a inscribir el aprovechamiento solicitado en el Registro Administrativo de Aguas a nombre de la entidad solicitante, «Real Sociedad Hípica Club de Campo», sin hacer expresa condena de costas.

III. CRÍTICA

Una vez más, la Sala Tercera del Tribunal Supremo nos ofrece una muestra expresiva de sus nuevas corrientes jurisprudenciales sentando una correcta doctrina, tanto sobre el problema procesal planteado, como sobre el importante problema de la inscripción en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas de los adquiridos por prescripción.

1. Cuestión procesal: legitimación del «Consejo de Canalización del Manzanares»

La legitimación del «Consejo de Canalización del Manzanares» para deducir un «recurso contencioso-administrativo» contra un acto de la Administración del Estado era incuestionable, en virtud de dos argumentos que se recogen en el segundo considerando de la sentencia comentada, que viene a reiterar doctrina jurisprudencial anterior. En efecto:

a) Desde el momento que el «Consejo de Canalización del Manzanares» tiene personalidad jurídica propia, independiente de la del Estado, ostenta capacidad procesal, y en cuanto los actos del Estado afecten a sus derechos o a los intereses cuya defensa se le encomienda, tiene legitimación activa.

El artículo 1, párrafo 2.º, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al enumerar las entidades que integran la Administración Pública, incluye la Administración del Estado, las Entidades Locales y las Corporaciones e Instituciones Públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local.

El hecho de que las entidades con personalidad estén bajo la «tutela del Estado» no les priva de legitimación para impugnar los actos de éste que le perjudiquen. Lo que prohíbe la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es que deduzcan recurso contra los actos del Estado los órganos del mismo (art. 28, párrafo 4.º, apartado a)); pero cuando estamos no ante un *órgano*—sometido a relación de jerarquía—, sino ante una *persona jurídica*—sometida a relación de tutela—, entonces la legitimación es incuestionable.

b) Pero, además, es que la legitimación del «Consejo de Canalización del Manzanares» había sido reconocida por la Administración en vía administrativa. Tanto en el procedimiento de inscripción como después de deducir el recurso de alzada, el Ministerio de Obras Públicas admitió la «personalidad» de aquél. Y esto era más que suficiente para admitir la legitimación. Como ha dicho—entre otras—una sentencia de 6 de diciembre de 1971:

«Que en forma reiterativa y uniforme, en principio, se ha venido declarando por esta Sala: 'de que no puede desconocerse en vía contencioso-administrativa una personalidad o una legitimación procesal activa que haya sido admitida y reconocida en el expediente gubernativo', máxime si ya en esta vía reúne los requisitos establecidos en el artículo 28, número 1, letra a), de la Ley de esta Jurisdicción.»

2. *Potestades de la Administración en la inscripción de aprovechamientos adquiridos por prescripción*

Admitida la prescripción como modo de adquirir un derecho de aprovechamiento sobre las aguas, la Administración Pública se encuentra obligada a respetar aquel derecho siempre que se acredite el hecho de la usucapación por los procedimientos previstos en el Ordenamiento.

Ahora bien, la Administración Pública ostenta potestades indiscutibles al proceder a la inscripción de aquel derecho adquirido por prescripción. Es inquestionable que no puede negar el hecho. Cumplidas las formalidades exigidas para probar el hecho, se ve obligada al reconocimiento—e inscripción—del derecho. Pero puede—y debe—determinar el caudal necesario para el aprovechamiento, en aplicación del artículo 152 de la Ley de Aguas y artículo 3 del Decreto-Ley de enero de 1927, tal y como ha señalado una reiterada jurisprudencia. Así, una sentencia de 27 de septiembre de 1969 dice: «Que, asimismo, y contemplado el problema que el proceso suscita en el ámbito *de iure* es preciso destacar que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 152 de la Ley de Aguas, la regla quinta de la Real Orden de 12 de marzo de 1902 y el artículo 3 del Decreto de 7 de enero de 1927, y de conformidad con la doctrina de este Tribunal Supremo consignada, entre otras, en las sentencias de 23 de enero de 1965, 18 de marzo de 1967 y 14 de noviembre de 1968, en el reconocimiento de los aprovechamientos de aguas públicas ganados por prescripción, es de la potestad discrecional de la Administración la determinación del volumen de aguas y respecto a los aprovechamientos anteriores a la Ley de Aguas, conforme dispone el artículo 152 en su párrafo 2.º, si en ellos no estuviese fijado el caudal de aguas, se entenderá concedido únicamente el necesario para el objeto de aquéllos, que determinará el Ministerio con audiencia de los interesados, pudiendo exigirles establezcan los módulos convenientes.»

Otra, de 21 de marzo de 1970, sienta la siguiente doctrina: «Correspondiendo a la competencia administrativa la fijación del caudal o cantidad de agua utilizada, así está dispuesto no sólo en el artículo 152 de la Ley de Aguas y en la Real Orden de 12 de marzo de 1902 y reconocido en una numerosa y constante jurisprudencia, sino que así tiene que ser por su propia naturaleza.»

Demostrada la posesión durante veinte años, por el solicitante de la inscripción, de un aprovechamiento de aguas públicas, corresponde, pues, a la Administración determinar el volumen necesario para el objeto a que estuvieren destinados, sin que quepa oponer que el párrafo 2.º del artículo 152 de la Ley de Aguas únicamente se refiere a los caudales de aprovechamientos anteriores a ella, porque, como dice una sentencia de 9 de diciembre de 1957, «esta apreciación o distinción no se hallan esta-

blecidas, en excepción del espíritu o criterio generales, a que antes se ha aludido por la jurisprudencia, al particular relativa, que, contrariamente, tiene declarado últimamente, en sentencias de esta Sala de 27 de abril de 1956 y 13 de abril del año actual, la aplicabilidad de tal precepto, tanto a los aprovechamientos anteriores como a los posteriores a la repetida Ley especial, por ser, conforme a él, consustancial a toda concesión la determinación cuantitativa de su caudal de agua, imprescindible la necesidad de su fijación cuando indebidamente no se ha realizado y aplicable, decisivamente, a ello la norma interpretativa general de que donde existe la misma razón de hecho debe regir igual disposición de derecho, tanto más cuanto que, ya sin diferenciación de fechas, el artículo 5 de la Orden de 12 de marzo de 1902, regulador de la inscripción de aprovechamientos de aguas en los Registros correspondientes, previene también la obligación de determinar el caudal de agua concedido...».

Es incuestionable que para que la Administración pueda ejercer esta facultad de determinar el volumen de agua necesario es imprescindible no sólo que se determine el objeto o destino del aprovechamiento, punto donde se verifica la toma de las aguas, cauce de donde se deriva y demás requisitos elegidos por el artículo 70 del Reglamento Hipotecario, sino también que conste en ella la descripción y la superficie de la finca, de lo contrario, mal podrá aquélla señalar cuál es el caudal de agua necesario para el objeto del aprovechamiento.

3. *Requisitos de las actas de notoriedad*

En cuanto las actas de notoriedad sirven de base para la inscripción del aprovechamiento adquirido por prescripción han de reunir todos aquellos requisitos necesarios para que la Administración pueda ejercer debidamente sus facultades de fiscalización y de fijación del caudal.

Es obvio, por lo dicho, que es irrelevante el caudal que se haya utilizado por el titular del aprovechamiento. Pues su fijación es potestad administrativa. Teniendo «en cuenta el objeto y características del aprovechamiento» (como dice una sentencia de 2 de mayo de 1950). Por lo que previamente debe hacer constar cuál es el objeto del aprovechamiento, con todas las características que lo individualicen. Y, por supuesto, como presupuesto esencial, que la persona a cuyo nombre se quiera inscribir el aprovechamiento haya poseído las aguas en concepto de dueño, como exige con carácter general el artículo 1.941 del Código Civil. Pues mal puede adquirirse lo que no se posee en concepto de dueño.

Congruentemente con este principio general, cuando el artículo 70 del Reglamento Hipotecario da las reglas a que ha de ajustarse el otorgamiento de las actas de notoriedad exige que se exprese «tiempo que el interesado llevase en posesión *en concepto de dueño*, determinando el día de su comienzo a ser posible».

La sentencia comentada, en sus considerandos primero y tercero, aplica correctamente este precepto, al considerar improcedente la inscripción de un aprovechamiento de aguas a nombre de quien sólo es arrendatario. La inscripción únicamente es concebible a favor del propietario.

J. G. P.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

EXENCIONES: La reconocida a la Organización Sindical con referencia a la adquisición de bienes raíces debe entenderse limitada a aquellas que tengan por objeto la instalación de sus oficinas (RESOLUCIÓN DE 13 DE ABRIL DE 1972).

A) *Hechos.*—Se debatía en el recurso si una vivienda destinada a residencia particular de un delegado provincial de la Organización Sindical y su familia puede estimarse administrativamente como destinada a los servicios u oficinas a cargo de la Organización Sindical, única finalidad a la que, con arreglo a los términos de la letra c), apartado 1.º, número 1, del artículo 65 del Texto Refundido de la Ley General del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, cabe reconocer la exención de pago de dicho Impuesto.

B) *Doctrina.*—Que para la admisión de tal criterio, totalmente incompatible con la interpretación estricta prevalente en materia de exenciones o bonificaciones tributarias, se precisaría la existencia de un concreto precepto legal expreso que así lo declarase en términos indubitados, sentido que no cabe en forma alguna atribuir a las disposiciones de carácter general citadas por el organismo reclamante (1).

DOBLE TRANSMISION: Existe, a efectos fiscales, cuando con posterioridad a un documento privado de compraventa se otorga escritura referida a la misma finca entre personas distintas, sin que en ninguno de los documentos se haga referencia expresa a relaciones de representación o apoderamiento (RESOLUCIÓN DE 27 DE ABRIL DE 1972).

A) *Hechos.*—Se denunció la existencia de un contrato de compraventa otorgado en documento privado, en el que constaba que si bien el

(1) Se refiere aquí el Tribunal al artículo 65, antes citado, y a la letra a) del artículo 11 del Decreto de 12 de mayo de 1966 del Ministerio de Hacienda, en el que se dispone una bonificación permanente del 95 por 100.

comprador adquiriría el inmueble transmitido viniendo a constituirse en único y pleno propietario del mismo, la escritura pública que había de otorgarse después lo sería a favor de la persona a quien éste designase. La parte denunciada alegó que la transmisión de que se trata fue elevada a escritura pública otorgada entre una hermana del vendedor y otra del que figuraba como comprador en el documento privado objeto de la denuncia. Con independencia de otras cuestiones de forma que no hacen al caso, el problema de fondo planteado hacía referencia a si dicho negocio doblemente documentado podía estimarse o no como una sola transmisión. El expediente fue resuelto en primera instancia, en el sentido de que el contrato de compraventa en documento privado debía ser objeto del oportuno acto administrativo de liquidación tributaria con las sanciones procedentes y la escritura pública objeto de liquidación independiente, ya que de los términos en que aparecía redactado el contrato privado no podía deducirse que el comprador obrase por cuenta o encargado de otro.

El Tribunal Central ratifica el fallo con la siguiente doctrina:

B) *Doctrina*.—Que el artículo 1.717 del Código Civil regula el llamado mandato no representativo y a tal efecto dispone que: Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuese personal suyo.

Que en el presente caso resulta evidente la aplicación de tal precepto teniendo en cuenta que la inicial adquisición de la finca en el documento privado se llevó a cabo por el comprador en su propio nombre y derecho, sin aludir para nada a la representación que posteriormente dice ostentar quien figura como comprador en la escritura, representación a la que tampoco para nada se alude en este documento público y que permite configurar a ambos con carácter independiente, sustantividad propia y plena efectividad fiscal para la exacción por separado del Impuesto correspondiente a cada uno de ellos por aplicación del principio contenido en el artículo 41 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, en orden a prescindir para la práctica de la liquidación de los defectos, tanto de forma como los intrínsecos que puedan afectar a la validez y eficacia de los documentos presentados a liquidación.

Que tampoco cabe fundamentar la existencia del mandato a efectos fiscales en lo prevenido en los apartados 4 y 5 del artículo 9 del Reglamento del Impuesto, conforme a los que, para fundamentar tal conclusión, ha de constar consignado en legal forma en el título o documento acreditativo de la transmisión, que se dice celebrada por poder o encargo, la condición de mandatario o gestor, circunstancia no concurrente en el presente caso.

INVALIDEZ DEL ACTO Y SU TRASCENDENCIA EN ORDEN AL IMPUESTO: *La nulidad de los actos que hubieren dado lugar al devengo del Impuesto sólo tendrá eficacia devolutoria cuando así se declare o reconozca por resolución judicial o administrativa; pero si el contrato queda sin efecto por acuerdo de los contratantes no sólo no procede la devolución, sino que se considera este nuevo acto como sujeto al Impuesto (RESOLUCIÓN DE 18 DE MAYO DE 1972).*

A) *Hechos*.—Los constituye una escritura de emisión de obligaciones con garantía hipotecaria y su posterior liquidación por el número 15 de

la tarifa al 2,90 por 100, que fue impugnada en base a que en el otorgamiento de la misma se había incurrido en errores que la invalidaban, razón por la que se otorgó otra posterior, en la que los comparecientes desistían de la primera.

Frente al fallo desestimatorio del Tribunal Provincial se insistió en la fundamentación fáctica ya alegada y en el hecho de que no habiéndose llevado a efecto el préstamo, no se había perfeccionado tampoco el contrato de emisión.

El Tribunal Central sienta la siguiente doctrina:

B) *Doctrina*.—Que según se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, la ausencia de normas en el ordenamiento positivo español sobre la emisión de obligaciones por las Sociedades de tal clase, constituía una necesidad de su regulación específica en la nueva Ley, armonizando sus preceptos con las previsiones de los respectivos estatutos sociales e inspirándose en la máxima protección de los intereses de los obligacionistas mediante la agrupación de éstos en un organismo llamado Sindicato encargado de asegurar el ejercicio de sus derechos y recursos, sustituyendo la acción individual y aislada por la acción colectiva dirigida por el expresado organismo, cuya misión consiste esencialmente en representar a los obligacionistas ante la sociedad o ante órganos administrativos o jurisdiccionales.

Que siguiendo las anteriores directrices, el artículo 113 de la Ley, al regular las condiciones de la emisión de obligaciones, establece como necesaria la constitución de una asociación o sindicato de obligacionistas y la designación por la sociedad de una persona que, con el nombre de Comisario, concurre al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas, configurando tal contrato en forma equivalente a la gestión de negocios ajenos, pendientes en su consumación de la ratificación por los obligacionistas mediante la suscripción y desembolso de los títulos, de la convención obligacional efectuada en su nombre por el citado Comisario, pero con la sustancial diferencia de que así como la gestión de negocios civilmente admitida no produce efectos vinculativos en tanto no se lleve a cabo por el tercero, la expresada ratificación de los actos del gestor, en el contrato de emisión, se obliga a la sociedad a mantenerlo durante un plazo prudencial necesario para que pueda hacerse la suscripción de los títulos, criterio que parece positivamente plasmado en el artículo 113 de la citada Ley de Sociedades Anónimas al estatuir que serán condiciones necesarias para la creación de los títulos, la constitución de una asociación de defensa o sindicato de obligacionistas y la designación por la sociedad de una persona que con el nombre de Comisario concurre al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los obligacionistas.

Que la legislación vigente, en relación con el Impuesto General de Transmisiones, considera a la emisión de obligaciones como una modalidad formal del contrato de préstamo, sin hacer alusión al mismo en la definición de los hechos imponibles, por estimarlo incluido dentro del contrato de préstamo, y únicamente alude concretamente a las obligaciones en el apartado 16 del artículo 70 del Texto Refundido, que al hablar de base liquidable dispone que «en los préstamos constituidos mediante la emisión de obligaciones», concepto que igualmente se ratifica y confirma en la redacción de las tarifas, y concretamente el número 14, que sujeta específicamente al pago la constitución, modificación, prórroga expresa de los préstamos representados por obligaciones, «añadiendo en el 15 que cuando las obligaciones se emitan con garantía hipotecaria tributarán al 2,90 por 100».

Que del contexto de las meritadas disposiciones claramente se deduce

que el hecho imponible en materia de préstamos representados por obligaciones se encuentra constituido por el contrato de emisión de estas últimas, concebido legalmente en cuanto a su nacimiento y perfección en la forma que ha quedado anteriormente expresada y, por tanto, es desde tal momento coincidente en el presente caso con la firma de la escritura pública, cuando se produce el derecho al devengo del impuesto y a la práctica de la liquidación correspondiente, liquidación que teniendo en cuenta la garantía hipotecaria convenida en la misma escritura, tipifica a tal emisión de obligaciones desde el punto de vista fiscal, como representativa de un préstamo con garantía hipotecaria.

Que a la vista de las anteriores consideraciones y teniendo presente el principio legal que autoriza la exigencia del Impuesto prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia, es evidente que la documentación aportada es suficiente por sí misma para autorizar la exigencia del gravamen en la forma que lo ha hecho la Oficina Liquidadora, restando únicamente por examinar si concurren los supuestos fácticos preceptivos para la aplicación de las exenciones invocadas por la Entidad recurrente comprendidas en el apartado 5 del artículo 65 del Texto Refundido, referente a las adquisiciones de bienes inmuebles por parte de las Cooperativas, supuesto diferente de la contratación de obligaciones, que es el contemplado en la reclamación y en el número 65, que comprende la emisión de obligaciones, sean o no hipotecarias, realizadas por sociedades inmobiliarias cuya finalidad exclusiva sea la construcción, promoción o explotación en arrendamiento de «viviendas de protección oficial», siempre que su emisión haya sido aprobada por el Instituto Nacional de la Vivienda, que, igualmente, resulta inaplicable, por no tratarse de sociedades inmobiliarias, sino de Cooperativas y no haberse acreditado la obtención en su momento de la aprobación del Ministerio de la Vivienda, razones todas que llevan a la conclusión de la procedencia de la liquidación reclamada, cuya calificación no puede verse afectada por actos o documentos posteriores tendentes a desvirtuar la existencia del hecho imponible.

Conviene destacar que el contrato de emisión de obligaciones recibía en la legislación anterior un tratamiento fiscal distinto. El artículo 20 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 configuró la sujeción al pago de la emisión de obligaciones como una forma de actividad de las sociedades, atemperando la fecha del devengo del tributo a la de puesta en circulación de los títulos y constituyendo premisas indispensables para la liquidación del Impuesto, la perfección del contrato de emisión entre la sociedad y el Sindicato de Obligacionistas.

Por el contrario, como dice la Resolución, en el Texto Refundido la emisión se considera como una modalidad del contrato de préstamo, constituyendo el contrato de emisión el hecho imponible.

BIENES DE PERSONAS JURIDICAS: *La exención reconocida por el artículo 49 del Texto Refundido se refiere a los bienes susceptibles de producir renta con independencia de que de hecho la produzcan o no (RESOLUCIÓN DE 20 DE ABRIL DE 1972).*

A) Hechos.—Es éste un recurso más de los varios que se vienen planteando ante el Tribunal Central sobre el tema de la calificación de los bienes de los Ayuntamientos a efectos de su posible exención del Impuesto de Sucesiones, Bienes de Personas Jurídicas. El Tribunal Central, en su resolución, pone de manifiesto la modificación que ha sufrido el tratamiento fiscal de los bienes comunales y hace hincapié en la tesis, ya

sostenida en resoluciones anteriores (2), de que el criterio aplicable para la sujeción al Impuesto es el de la «rentabilidad» de los bienes, aunque de hecho no produzcan ingresos. Veamos textualmente su doctrina.

B) *Doctrina*.—Que centrada la cuestión en la legislación específica de este Impuesto se observa la modificación que ha sufrido el tratamiento fiscal de los bienes comunales, que en el artículo 70, epígrafe B, de la Ley de 21 de marzo de 1958, se hallaban exentos del Impuesto, mas no son enunciados especialmente en el Texto Refundido de 6 de abril de 1967, artículo 49, 1, 2.º, que se refiere genéricamente—para concederles el beneficio fiscal—a los bienes de las Corporaciones Locales «cuando por su naturaleza no fuesen susceptibles de producir renta», que experimenta nueva redacción por el Decreto de 27 de mayo de 1968, según la cual, la exención procede si tales bienes, por su naturaleza o destino, no son susceptibles de producir renta.

Que en todo caso, el criterio aplicable para la sujeción al Impuesto es el de la rentabilidad de los bienes, aunque de hecho no produzcan ingresos, rentabilidad posible, bien por su naturaleza física, bien por su destino actual, que determine tal rentabilidad, por lo que con base en el artículo 14, 6.º, de la Ley de 29 de diciembre de 1910, este Tribunal Central decidió en ocasiones anteriores que el hecho de satisfacer Contribución Territorial o figurar un líquido imponible en los documentos catastrales supone una evidente presunción de rentabilidad, criterio que debe reiterarse ante el artículo 1.º del vigente Texto Refundido de la Contribución Territorial rústica y pecuaria, que somete a tributación las rentas reales o potenciales de los bienes y derechos de naturaleza rústica o pecuaria.

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: La exención reconocida a los préstamos otorgados para la construcción de este tipo de viviendas no es aplicable cuando aquéllos se destinan a la construcción de un edificio libre al propio tiempo que a la de otro de protección oficial, hipotecándose ambos en garantía del crédito, sin hacerse en la escritura distribución de la parte de préstamo a invertir en cada inmueble (RESOLUCIÓN DE 10 DE MAYO DE 1972).

A) *Hechos*.—El problema fundamental que el recurso suscita es el de si otorgado un préstamo para invertir su importe conjuntamente en la construcción de un edificio calificado provisionalmente como de protección oficial, y en otro edificio de construcción libre, integrantes ambos de una sola finca registral y que se hipoteca en garantía de dicho préstamo, puede serle aplicada la exención conferida por el número 63 del artículo 65, 1, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

La tesis sostenida por los recurrentes era que la parte de hipoteca que pesaba sobre la casa calificada como de protección oficial debía quedar exenta, pues aunque al constituirse aquella no se hizo constar en la escritura qué parte afectaba a cada uno de los inmuebles, la duda fue resuelta por la propia Oficina Liquidadora, al dejar exenta la declaración de obra nueva de la casa de protección oficial y sujetar, en cambio, al tributo, sobre una base de 2.000.000 de pesetas, la obra nueva de la casa de construcción libre.

En consecuencia, y según los recurrentes, la liquidación girada por el concepto «préstamos» debía ser anulada y sustituida por otra sobre esa base de 2.000.000.

(2) Véase, entre otras, la de 31 de enero de 1962 y 29 de mayo de 1969.

La tesis del Central es la siguiente:

B) *Doctrina*.—Que la exención de referencia, nacida en la Ley de Viviendas de Protección Oficial y condicionada a que las construcciones se ultimen con sujeción a los preceptos de la misma, no puede ser aplicada más que a edificaciones acogidas al régimen establecido por aquélla, por cuya razón no es posible entender comprendido dentro de su ámbito un caso como el presente, en que el préstamo hipotecario se destina a la construcción de un edificio libre al propio tiempo que a la de otro de protección oficial, hipotecándose ambos para la seguridad o garantía del crédito, sin hacerse en la escritura distribución o señalamiento alguno de la parte del préstamo a invertir en cada inmueble ni de la que la hipoteca de cada uno de ellos debe responder, por ser evidente que si la exención se aplicara a un préstamo hipotecario de tales características, se vulneraría lo prevenido en el artículo 24 de la Ley General Tributaria, puesto que se extendería más allá de sus términos estrictos el ámbito del beneficio fiscal, que está concebido, indudablemente, en favor de los préstamos hipotecarios con destino exclusivo a la construcción de viviendas de protección oficial y en los que la garantía real se constituye, también exclusivamente, sobre edificios calificados provisionalmente como tales.

Que si se estimase que al préstamo hipotecario de que se trata no puede ser aplicable el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, por hipotecarse en garantía del mismo crédito dos edificios construidos sobre un solar que integra una sola finca registral, habría que confirmar la inaplicabilidad de la exención, puesto que se estaría ante un único préstamo y gravamen hipotecario, en el que no cabría legalmente distinguir—y mucho menos en perjuicio de tercero—la parte de crédito destinado a la construcción protegida y de la que deba responder dicha construcción, subsistiendo la hipoteca íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aun cuando la finca se dividiera, según los artículos 122 y 123 de la propia Ley.

Que, por el contrario, si se entendiese que en el caso planteado eran de obligada aplicación el artículo 119 de la Ley Hipotecaria y 216 de su Reglamento, por hipotecarse dos edificios distintos, aunque se hallen construidos sobre un solar inscrito como una sola finca, sería también evidente la imposibilidad práctica de que la Administración fiscal fijara, por su propia autoridad, la cantidad que del préstamo sea aplicable a las viviendas de protección oficial y la parte del mismo de que cada inmueble haya de responder, porque esa distribución sólo puede hacerse por convenio entre las partes o, en su defecto, por mandato judicial, siendo en todo caso materia totalmente extraña al ámbito de competencia de las Oficinas Liquidadoras del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Que si bien la Administración distinguió, al girar la liquidación por el concepto «Actos Jurídicos Documentados», entre la correspondiente al edificio de protección oficial y la de la edificación libre, no cabe aplicar ese mismo criterio a la liquidación relativa al préstamo hipotecario, pues en el primer caso bastaba tener en cuenta el valor de uno y otro edificio para excluir o incluir su importe en la base liquidable; pero en el caso del préstamo se trata de que la exención no es aplicable más que cuando dicho contrato se refiera exclusivamente a viviendas de protección oficial y, además, en último caso, la distribución o señalamiento de la parte del crédito que debe recaer sobre cada una de las varias fincas hipotecadas no depende exclusivamente del valor de cada inmueble ni constituye una operación liquidatoria, sino que es un extremo reservado expresamente al acuerdo de las partes o a la resolución judicial, que la Oficina Liquidadora no puede suplir por sí misma.

F. M. C.

LIBROS

CHICO ORTIZ, JOSÉ MARÍA Y RAMÍREZ RAMÍREZ, CATALINO: *Temas de Derecho Notarial y Calificación Registral del Instrumento Público*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1972, 334 págs.

Como anillo al dedo viene aquí la cita de LOPE, aquello del soneto que le mandó hacer Violante, aquello del aprieto y lo de burla burlando... También yo, burla burlando, comencé la crítica de esta obra, que ya empieza a ser original en su... dedicatoria.

Siguiendo ideas del prólogo puedo precisar que son justos títulos para acometer mi labor, por este orden de preferencia, mi entrañable amistad con uno de los autores y mi antigua condición de opositor fracasado. Lo primero quizá me incline a la subjetividad, pero ¿quién enjuicia sin un criterio determinado y un esquema propio?; por el contrario, me confiere un conocimiento del que «hizo el libro», y no olvidemos que el libro es un fruto que se conoce mejor al conocer el árbol. Lo segundo—unido a mi pecado de autor de *Contestaciones de temarios de oposiciones*—me capacita para juzgar mejor el libro, porque, como decía el buen Sancho, una cosa es no saber de prédicas y sermones y otra—muy distinta—el saber encontrar los yerros y faltas de los que predicán. Y vamos ya al grano.

Hacer una buena obra de contestaciones es «conseguir un equilibrio casi funambulesco entre la forma y el fondo». Creo—sinceramente—que nos hallamos ante una obra que consiguió tal objetivo y sólo así podremos enjuiciarla debidamente, porque «la valoración de un trabajo debe hacerse en función del objetivo que se propone alcanzar».

La obra se divide en dos partes. La primera contesta los 19 temas de legislación del programa de Registros, y la segunda, es un estudio de la calificación registral. Yo diría que el primer trabajo sirve para aprobar la oposición y marca caminos de trabajo *ex post*, y la segunda parte, es un estupendo libro de cabecera para el Registrador, no para el opositor.

Y entremos ya en materia, advirtiendo que—dadas las limitaciones propias—sólo voy a apuntar algunas ideas críticas.

El tema 1 queda muy claro y es difícil salvar con garbo el entrecruzamiento de preguntas, en especial, la pregunta primera y la tercera. Y esto—lector—te lo dice quien hizo las mismas contestaciones que hoy enjuicia.

Estupenda—y muy clara—la sistemática de estudio del Decreto de 22 de julio de 1967.

El tema 3 discurre por un cauce muy clásico, que no comparto, pero que encuentro muy claro. El de la actuación funcional exclusiva, concurrente y excluida.

La parte referente a la redacción del instrumento público, en el tema 4 (pág. 44), quizá debió llevarse al tema 6 (pág. 66): «La redacción del instrumento público». Pero esto no es crítica a la obra, sino al programa, que deja mucho que desear y entrecruza materias. Tal vez sea

porque esté hecho por excelentes Registradores, que no tienen ni idea como preparadores de oposiciones. Muy escueto el comentario de la sentencia de 29 de diciembre de 1927 (pág. 48), que tanto dio que hablar en sus tiempos.

Echo de menos bibliografía y desarrollo en materia de extranjeros (páginas 75 y sigs), que tanta importancia tiene hoy—en Notarías y Registros—debido al fenómeno del turismo.

En el tema 8 nueva inversión de preguntas, que nos clarifica y centra el tema. Insisto, el buen autor de contestaciones debe «reformular» el programa solapadamente si quiere poner en cristiano algunas materias. Agudo juicio el formulado respecto al D. N. I. Me identifico—totalmente—con lo dicho. Noto a faltar las normas sobre no presentación de dicho documento (ARANZADI, letra g), Decreto de 22 de febrero de 1962, ref. 395; 1966, ref. 394, y 1968, ref. 1.274). Esto lo sugiero para la segunda edición de esta obra, que—sinceramente—espero y deseo ver pronto aparecer.

Los temas 10 a 12 están complementados de forma magistral en la segunda parte, punto III: «Capacidad de los otorgantes».

Estupenda claridad en el tema 13, especialmente en los puntos: «Exposición de hechos o antecedentes» y «Expresión de la finalidad o de los motivos: sus efectos».

Del tema 15 me gusta mucho la clara conceptualización de las actas—y su diferencia con las escrituras—, en la que me parece ver la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO, a lo menos en sus líneas fundamentales. Y tengo para mí, lector, que no se ha dicho todavía nada más claro que lo expuesto por tal autor, como un *obiter dictum*, en la nota 8, página 15, del libro prohibido y cuasi inédito *Negocio jurídico y documento* (Colegio Notarial de Valencia, 1951). En cambio, en este tema encuentro una importante laguna: se omite la reforma del acta de protesto (Ley de 22 de julio de 1967), que tanta trascendencia tiene en el ámbito notarial y cuya importancia en la vida práctica ha hecho escribir deliciosas páginas de fondo y forma a PELAYO HORE.

Poco más queda decir de esta primera parte, que sirve—como se indica en el prólogo—para «superar con brillantez la oposición» y «sensibilizarse en la problemática del Derecho Notarial y (haber) adquirido una base firme desde la cual podrá, en su día y en su caso, remontar el vuelo a mayores alturas».

La segunda parte es un estudio de la calificación con un índice muy completo, que abarca Derecho Notarial, Civil y Mercantil, fundamentalmente. Se añade que estas cualidades «atribuyen a este estudio una evidente utilidad práctica como libro de cabecera».

Se estructura a base de un «principio general» y el desarrollo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Claridad en la exposición y fluidez en la forma. El único «pero» es la omisión, en el punto «Legalidad de las formas extrínsecas», de toda referencia a documentos no notariales, que también son calificados.

Pese a todo, personalmente considero literalmente «insuperable» la segunda parte de la obra *Manual del Registro de la Propiedad*. Claro que sobre gustos no hay nada escrito.

Ante este libro cabe el consejo de GONZÁLEZ PALOMINO: «Vale más estudiar un libro diez veces, que diez libros una vez.» Es un libro de cabecera (pág. 80 de *Apéndice navarro al prólogo*, en «Estudios jurídicos de arte menor»). La lectura de estos *Temas de Derecho Notarial y Calificación Registral del Instrumento Público* no defrauda al más exigente, y eso, en estos tiempos de proliferación libresca, ya es una gran virtud.

Y ahora me vas a perdonar, lector. Hasta aquí mis líneas fueron para ti, ahora voy a dedicarle unas cuantas al autor y algunas «con clave». JOSÉ MARÍA, he leído íntegro vuestro libro y la crítica salió—como te

gusta—al pan, pan, y al vino, vino; puse lo bueno y lo menos bueno, como Dios manda y a los autores honrados place. Te lanzo—otra vez más—el reto. En una de tus cartas me decías, a lo castizo, «me gusta, pero no me hago el traje». Espero cambies de parecer. ¿Cuándo compramos tela? Vale.

ELÍAS IZQUIERDO

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Manual de Derecho Civil Español*. 3.^a edición. Volumen IV. Familia Editorial. «Revista de Derecho Privado». Madrid, 532 págs.

El objetivo fundamental del Derecho es regular las conductas humanas en su interacción, de modo que las libertades y derechos de todos los individuos se limiten recíprocamente. Si la normación de tales actuaciones constituye de por sí una ardua tarea, ésta se vuelve espinosa al penetrar en el ámbito de las relaciones familiares, tan personales, tan singulares y tan íntimas, que, ciertamente, no se acompasan a la frialdad metódica del texto articulado de un cuerpo normativo.

Siendo el hombre social por naturaleza, la primera sociedad que encuadra al hombre y la que más profunda e íntimamente lo liga es la familia. No es de extrañar, pues, la asiduidad con que diversas disciplinas se han ocupado de esta institución. La Religión, la Sociología, la Política y el Derecho la han estudiado y regulado con profusión. Estamos, por tanto, ante una materia difícil, polémica y contradictoria; el tratamiento por el Derecho de esta materia estará decisivamente influido por la ideología religiosa y política del Estado de que se trate: la regulación del matrimonio civil, la posibilidad y efectos del divorcio y los derechos de los hijos ilegítimos diferirán radicalmente de unos a otros ordenamientos jurídicos según el carácter y la confesionalidad de los mismos.

Por otra parte, al cambiar paulatinamente los consensos sociales, abriéndose las ideas e ir desapareciendo las intransigencias, cambia también la postura del legislador. Es éste, por tanto, un Derecho en constante renovación. A la doctrina jurídica le cabe el deber de procurar el progresivo perfeccionamiento de las normas mediante la crítica, las sugerencias y las aportaciones.

A la copiosa bibliografía existente sobre el tema se une el volumen IV, dedicado a la familia, del *Manual de Derecho Civil*, de DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Madrid y magistrado del Tribunal Supremo.

Este *Manual* es un libro hecho fundamentalmente para el estudiante, y actualmente es libro de texto en varias Universidades. Su característica principal es, pues, la claridad, la simplificación y la exposición de la asignatura con un propósito eminentemente docente. Sin desdeñar la doctrina, se centra, sobre todo, en el Derecho positivo, que expone a veces un tanto esquemáticamente, no aderezándolo mucho con teorías y posiciones doctrinales.

La primera parte del libro trata del matrimonio en su doble vertiente, canónico y civil. La dicotomía matrimonio canónico-matrimonio civil se resolvió en nuestra patria con el sistema de matrimonio canónico obligatorio para los católicos, y matrimonio civil subsidiario para los que no lo fueran. Las Constituciones de 1869 y 1931 truncaron este sistema, estableciendo el matrimonio civil obligatorio para toda clase de personas, incluso los católicos, con los pocos satisfactorios resultados de que los

matrimonios civiles no los reconocía la Iglesia, ni los canónicos el Estado, con la confusión y la inseguridad consiguientes. Hoy, como es sabido, la regulación es, con ciertas leves reformas, la misma que estableció ya nuestro Código Civil.

El matrimonio canónico está regulado por el *Codex* con su habitual casuismo y prolijidad y con ciertas notas anacrónicas, que nos harían desear una revisión del no muy vetusto, pero ya anticuado cuerpo legal. Como ejemplo podríamos citar el error invalidatorio del matrimonio cuando una persona libre casa con esclavo sin conocer esta cualidad de su consorte, norma ésta que en la actualidad ha perdido prácticamente su vigencia.

También dentro del matrimonio canónico resulta de interés el estudio sobre las normas especiales del matrimonio de militares y diplomáticos, destacando el alzamiento de la prohibición del matrimonio para las clases de tropa, prohibición que contrariaba los principios del Derecho natural y los dictados del canónico. Por último, los matrimonios canónicos de excepción se estudian resumidamente.

En el matrimonio civil son de destacar las nuevas normas, que permiten la prueba de acatolicidad por certificación acreditativa de la adscripción a otra confesión religiosa expedida por ministro competente, todo ello como consecuencia del principio establecido por la Ley de Libertad Religiosa de 1967; ésta introdujo también la posibilidad de celebrar, juntamente con el matrimonio civil, los ritos o ceremonias de la religión de que se trate. Otro problema que puede plantearse es si alcanza a los ministros de las religiones no católicas el impedimento civil de ordenación sagrada y profesión religiosa. Igualmente, resultan de interés las normas sobre el matrimonio civil del apóstata, aclaradas por abundantes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tienden a evitar que se produzcan matrimonios civiles entre católicos.

El capítulo segundo del libro está dedicado a la nulidad del vínculo matrimonial. Tras establecer los conceptos preliminares, Espín nos plantea un curioso dato: un católico casado civilmente en época en que la legislación estatal se lo permitía, que contrae un segundo matrimonio, pero esta vez canónico; surge la contradicción de normas estatales y canónicas, resuelta por la Dirección General en el sentido de denegar la inscripción del segundo matrimonio—canónico—del que estaba casado civilmente bajo la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1932.

De sumo interés resulta el capítulo III, dedicado a la separación conyugal. Resulta curioso comprobar el carácter excepcional de nuestro Derecho en Europa, en lo que hace referencia a la admisión del divorcio vincular, pues incluso países tan tradicionalmente católicos como Italia y Portugal lo admiten, si bien este último únicamente respecto a los matrimonios civiles. Asimismo es de destacar las trabas que en la Unión Soviética y en los países socialistas se ponen a la concesión del divorcio si existen hijos menores en el matrimonio.

El Derecho español es incluso más radical que el canónico en la admisión del divorcio vincular, pues no reconoce para el matrimonio civil causas que sí son suficientes en el canónico para producir la ruptura del vínculo, como son el caso del matrimonio rato y no consumado dándose ciertas circunstancias, el Privilegio Paulino y el Privilegio Petriño, que opera la disolución de algunos matrimonios en virtud de dispensa del Romano Pontífice. Respecto a los casos en que se concede la disolución del vínculo matrimonial, mediando matrimonio rato y no consumado, opinan los modernos canonistas que sería deseable una concepción más espiritualista del matrimonio, concibiéndolo y dando importancia primordial a la comunidad de existencia o a la *afectio marita-*

lis de los antiguos romanos y restando parte de la importancia fundamental que se concede al hecho material de la consumación.

En cambio, la Ley del Divorcio, promulgada durante la Segunda República, fue igualmente radical, pero en sentido contrario, al permitir incluso la disolución del matrimonio por mutuo disenso. Las normas derogatorias de esta Ley del Divorcio, que el nuevo Estado promulgó, y que dado el carácter del libro apenas trata Espín, provocaron difíciles situaciones y cuestiones diversas, que en algunos casos no dejaron de ser injustas, pues personas que tras divorciarse habían contraído un segundo matrimonio, basándose en la causa legal de «tranquilizar su conciencia», obtenían la anulación del divorcio y, por tanto, de su segundo matrimonio, del que querían escapar.

En la sección segunda de la obra se estudian los efectos del matrimonio en cuanto a las relaciones personales entre los cónyuges. Parece abogar Espín por el más progresivo sistema de la codirección matrimonial, frente al de la potestad marital, que establece el Código. De todos modos, el deber de obediencia impuesto a la mujer tiene un carácter fundamentalmente ético y de difícil sanción en el plano legal. También critica Espín la rigidez del Código en cuanto a la elección por el marido del lugar de residencia familiar.

Se plantea posteriormente el tema de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y tras la exposición de los distintos regímenes económicos matrimoniales se cuestiona acerca de cuál sea el sistema preferible. Se inclina Espín, como la mayor parte de la doctrina española, por el sistema de los gananciales, por implicar una solución justa para la mujer. Pero tampoco este sistema carece de inconvenientes, principalmente en una sociedad como la española, en que es el hombre quien trabaja para sostener a la familia; conocido es el supuesto de una esposa que fallece abintestato y sin descendientes, con lo cual una parte de los bienes adquiridos por el marido con su trabajo van a los herederos de la mujer.

Por otra parte, al coexistir en nuestra patria diversos sistemas económicos matrimoniales, dado el carácter de inmutabilidad del régimen y la facilidad y frecuencia actuales para viajar y establecerse sobre todo el territorio nacional, se producen diversos problemas; por ejemplo, es frecuente que en las escrituras no se haga constar la vecindad foral, por ser residentes durante muchos años en lugar no aforado o por alguna otra causa; se inscriben así a nombre de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal bienes que, en realidad, son privativos de uno solo de los cónyuges, y el problema se agudiza en caso de separación legal o de hecho de los esposos. Son realmente muy notables las razones jurídicas, sociales e históricas que preconizan la existencia de los regímenes forales, pero también sería muy de desear una mayor unificación legislativa para acabar con tales problemas y que podría realizarse por la vía de llevar al Código, extendiendo su beneficio a todo el territorio, las instituciones que merezcan ser conservadas.

En cuanto a la dote y al sistema dotal, que con tanta minuciosidad regula el Código, no ha tenido aceptación, sin duda por el buen número de formalidades y requisitos nacidos en buena parte de una desconfianza que no es muy lógica entre personas íntimamente ligadas, y su inaplicación puede decirse que es general. Todavía no he visto en los libros registrales una hipoteca constituida en garantía de la dote.

La sección tercera de la obra versa sobre las relaciones paterno-filiales. La primera cuestión que se plantea es la de la impugnación por el marido o sus herederos de la paternidad. Nuestro Código, sin duda para preservar la intimidad familiar, establece el criterio estricto de admitir únicamente como prueba la imposibilidad física del marido para tener

acceso a su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo, no admitiendo como prueba la declaración de la madre contra la legitimidad ni tampoco la condena por adulterio de aquélla. Naturalmente, con este sistema se puede llegar a imponer al marido, cónyuge inocente del adulterio, la paternidad, con todos los derechos anejos de apellidos, custodia, alimentos, derechos sucesorios, etc., de los hijos del amante de la madre, situación anómala, injusta y profundamente perturbadora para la familia. La jurisprudencia ha suavizado la rigurosidad del precepto declarando que sólo es aplicable cuando existe convivencia matrimonial.

Es, asimismo, de destacar la cuestión que plantea el nacimiento que se produce pasados trescientos días desde la disolución del matrimonio o la separación legal; como a la madre y al hijo se les permite justificar la paternidad, la doctrina se divide. Para CASTÁN Y VALVERDE cabe tal justificación tanto en caso de disolución del matrimonio como en el de separación legal. DE DIEGO y ROYO opinan, por el contrario, que la repetida justificación sólo tendría viabilidad en el caso de separación. Incluso es curioso señalar que ESPÍN modifica la postura que sostenía en su anterior edición, formando ahora entre los primeramente mencionados, con buen criterio, a mi parecer, al apoyarse en el precepto concreto del artículo 111 del Código Civil y en el principio *favor legitimitatis*.

Problema también interesante y no resuelto en la mayoría de los códigos actuales es el de la inseminación artificial. ¿Qué ocurriría si puestos de acuerdo los cónyuges para practicar la inseminación con semen del marido se llevara a cabo ésta mediando la imposibilidad física de cohabitación? ¿Cabría la posterior impugnación de la paternidad por parte del marido o sus herederos? Problema éste que, como decimos, no está aún resuelto, propagando la doctrina criterios de carácter moral sobre los de tipo legalista.

Igualmente, reúne interés el supuesto de conflicto de presunciones de la paternidad. Aunque autores como RIVERO y PLANTOL-RIPERT enumeran diversas hipótesis de conflicto de presunciones, ESPÍN centra su estudio en el caso de dos matrimonios sucesivos: cuando antes que transcurran los trescientos un días siguientes a la disolución del matrimonio, la mujer contrae nuevo matrimonio y dentro de dicho plazo naciese un hijo. Cabe atribuir en este supuesto la paternidad a uno de los maridos o bien que se neutralicen ambas presunciones. Sosteniendo ESPÍN en estos supuestos la preferibilidad de las soluciones positivas de atribución de la paternidad a uno de los maridos frente a las negativas. No obstante, parece más segura y técnica la solución de recíproca limitación temporal de las presunciones según el momento del nacimiento del hijo, que estableció el Código alemán en su originaria redacción, si bien atemperándola con la prueba en contrario.

La regulación legal de la filiación ilegítima es materia especialmente polémica y contradictoria, influida fuertemente por las concepciones sociales de la época. Se presenta, en primer lugar, la cuestión de la investigación de la paternidad. ESPÍN la estudia cuidadosamente, aportando profusión de datos de Derecho histórico y comparado. Vemos cómo la prohibición legal que establece nuestro Derecho se debe al influjo del Código napoleónico, si bien se admitieron más excepciones que en el Derecho francés. La Constitución republicana de 1931 anunció que se regularía la investigación de la paternidad, pero esta norma no llegó a tener desarrollo legislativo. Quizá sería de desear un poco de perfeccionamiento y progresismo en una norma que se mantiene tal y como estaba en nuestro decimonónico Código. Por otra parte, es de destacar la postura más progresiva y humana de nuestro Tribunal Supremo frente al anterior criterio restrictivo, literalista y de excesivo rigor, en orden

a la interpretación del «escrito indubitado», caso en el cual el padre está obligado a reconocer al hijo natural.

Igualmente, es tema harto controvertido y en la actualidad entra de lleno en el campo del Derecho constituyente, el de los derechos de los hijos ilegítimos. Los Códigos, para salvaguardar la institución matrimonial, conceden a tales hijos unos derechos ampliamente inferiores a los de los hijos legítimos, e incluso dentro de la ilegitimidad establecen clasificaciones, concediendo aún a los hijos ilegítimos no naturales muchos menos derechos de toda índole que a los hijos naturales reconocidos. Fácilmente se ve el punto débil de este sistema: se hacen recaer sobre los hijos, totalmente inocentes, la sanción por la falta de sus padres. También la Constitución de 1931 estableció que los padres tienen los mismos deberes y obligaciones con todos los hijos, hayan nacido éstos dentro o fuera de matrimonio. Actualmente, la Ley del Registro Civil, desarrollando el principio establecido en el Fuero de los Españoles, dispone que «fuera de la familia no podrá hacerse distinción de españoles por la clase de filiación», principio no cumplido totalmente a rajatabla, pues ciertas sucesiones nobiliarias, de grandeza, etc., exigen una especial limpieza de sangre. También ciertas órdenes religiosas no admiten para ingresar en ellas a los que no son hijos legítimos. Igualmente, aquí sería deseable una mayor justicia y humanidad para resolver el problema de los derechos de los hijos no legítimos.

Posteriormente efectúa ESPÍN un concienzudo estudio de la adopción recogiendo los antecedentes históricos, suministrando datos de Derecho comparado y realizando una profunda y meticulosa exposición del tema, en la que subraya las innovaciones introducidas por la Ley de 1970.

Pasa a continuación al estudio de la patria potestad. La primera cuestión que se plantea es si la madre participa de este poder o potestad sobre sus hijos; nos muestra, dentro del ámbito del Derecho comparado, que son numerosos los ordenamientos jurídicos que instituyen la patria potestad como un poder conjunto del padre y de la madre. El Derecho español confiere la potestad sobre sus hijos al padre, y en su defecto, a la madre. La doctrina y la jurisprudencia han interpretado con mucha flexibilidad esta norma, sosteniendo algunos autores que en cualquier caso en que el padre esté imposibilitado para ejercer la potestad, aunque sea por razones de hecho y absolutamente temporales, pasa en tales supuestos automáticamente dicha potestad a ser ejercida por la madre, a la que reconocen llamada conjuntamente por la Ley al ejercicio de dicho poder, si bien por razones de unidad familiar corresponde el ejercicio de hecho al padre. No obstante, ESPÍN opina que el criterio legal prácticamente excluye a la madre de la patria potestad, situación que tacha de «injusta y penosa» con CASTÁN VÁZQUEZ, propugnando una reforma legal en el sentido mencionado.

Otro ejemplo de tema polémico y regulación múltiple y variable lo tenemos en el deber de los padres de educar a sus hijos. Sobre esta materia incide el Magisterio de la Iglesia, el Fuero de los Españoles, el Concordato con la Santa Sede, la Ley General de Educación de 1970 e incluso la Ley de Libertad Religiosa de 1967, que reconoce a los padres la facultad de educar religiosamente a sus hijos según sus propias convicciones.

La cuestión del defensor de menores ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia, pues la fraseología del artículo 165 es un tanto vaga. No obstante, todavía existen puntos oscuros: ¿Será preciso nombrar defensor judicial a un menor emancipado cuando se requiera para ciertos actos dispositivos el consentimiento del padre y éste tenga interés contrario? ¿Procede el nombramiento cuando la oposición exista entre dos hijos sometidos a la representación paterna?

En cuanto a los deberes de los hijos de obediencia y respeto, cumplen la regla general de las relaciones familiares: tienen un carácter fundamentalmente ético y sólo en los casos más extremos y graves de transgresión pueden ser objeto de sanción legal.

Los efectos de la patria potestad sobre el patrimonio de los hijos están mucho más precisadas en nuestro primer Cuerpo legal y sólo se presenta la cuestión, no resuelta por el Código, de si los actos dispositivos que realicen los padres sin contar con la necesaria autorización judicial serán nulos o simplemente anulables, cuestión resuelta por la jurisprudencia fijando la nulidad radical como sanción a tales actos.

Tras exponer la responsabilidad civil por daños, las causas de suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad y las relaciones parentales, comprendiendo dentro de las mismas la deuda alimenticia entre parientes, sin ahondar excesivamente en estos temas, se ocupa ESPÍN en la última parte de su obra de las relaciones cuasifamiliares o tutelares. Resulta en ello de interés la exposición de la crítica que la doctrina hace del organismo tutelar tal como lo concibe el Código, especialmente del Consejo de Familia, al que le achaca, entre otros, el defecto de entorpecer la labor del tutor, abogando ESPÍN, en suma, por la supresión del Consejo, sustituyéndolo por tribunales especializados, por haber resultado inapropiados los ordinarios. En este punto discrepo modestamente, pues si el Código convirtió al tutor en mero ejecutor de los acuerdos del Consejo fue porque pensó que eso exactamente es lo que debería ser y que la actuación del tutor debía ser cuidadosamente limitada y censurada. Por otra parte, estimo lógico que en nuestros democráticos tiempos sea el Consejo el órgano superior y decisivo de todo el organismo tutelar y no creo deba ser sustituido por tribunal alguno, pues lo natural es que sean los parientes del pupilo quienes velen por él y, además, quienes más interés pondrán en hacerlo.

En suma, el libro de ESPÍN nos proporciona una amplia panorámica de las relaciones familiares vistas a través del prisma jurídico. Abarca todas las disciplinas con una visión clara y sintética. Libro útil para el estudiante y el profesional, pues aunque algunas materias no están tratadas con mayor hondura, resulta una obra clara, de sobrio y elegante estilo en la forma y de indiscutible seriedad científica en el contenido.

JOSÉ QUESADA SEGURA
Registrador de la Propiedad

FRANCESCHELLI, REMO: *Del Vecchio al nuovo Diritto Commerciale*. Milán, 1970, 810 págs.

Se recogen en este volumen, del que damos simple noticia, 39 trabajos menores del director de la *Revista de Diritto Industriale* y profesor ordinario de Derecho Comercial de la Universidad de Milán. Conocido tratadista entre los estudiosos del Derecho Mercantil, famoso entre nosotros, ante todo, por su *Trattato di Diritto Industriale* y por sus agudas aportaciones al libro colectivo *Droit Europeen de la Concurrence* (coautoría que comparte con R. PLAISSENT y J. LASSIER). Decimos estudios «menores» no por su calidad, desigual, pero siempre sugerente, sino por la breve extensión de la mayoría de los mismos. Los trabajos tienen una larga data: desde los años treinta hasta época reciente. Esta diferencia temporal expresa sutilmente la distinta y cambiante problemática con la

que se ha enfrentado el Derecho Mercantil en estas últimas décadas: desde temas manidos y resueltos (disolución del Derecho Comercial en el amplio Derecho Económico, ¿es el Derecho Mercantil rama autónoma del Derecho?) hasta problemas de actualísima política legislativa (instituciones jurídicas comerciales de ámbito europeo—armonización del Derecho de Sociedades en lo concerniente al poder de los órganos sociales o la sociedad anónima europea—), pasando por cuestiones clásicas (contrato de exposición). Todos los artículos recogidos en el libro han sido previamente publicados, bien en revistas especializadas como trabajos autónomos o como comentarios jurisprudenciales, bien como voces en diccionario jurídico. No obstante, algunos tienen el carácter casi de novedad por la dificultad de su localización, así las importantes observaciones sobre la *sogettività giuridica e capacità immobiliare ed ipotecaria di una associazione* (dictamen sobre la capacidad de una sociedad sin personalidad jurídica para constituir hipotecas por reconocimiento presunto). En todo caso, la mayoría de los artículos van precedidos de una breve nota introductoria, que recogiendo la actual situación jurisprudencial y doctrinal del asunto, los actualiza haciéndoles merecedores de crítica y estudio.

El volumen se divide en tres partes: temas generales, sociedad y contratos comerciales. Los temas generales más importantes de los estudiados son, a nuestro entender, los siguientes: Problemas y aspectos de la reforma del Derecho Mercantil en la doctrina italiana (trabajo anterior al Código Civil vigente, importante para conocer el estado dogmático de la ciencia jurídica en la fase codificadora). Derecho Público y Derecho Mercantil (notas muy mediatizadas por la entonces vigente *Carta di lavoro*, pese a lo cual, con gran talento, se mantiene la tesis tradicional de la inclusión del Derecho Mercantil en el ámbito del Derecho Privado general). Bastante equilibrado es el magro trabajo sobre el Derecho Económico (la amplia inmisión de elementos de Derecho Público en el Derecho Privado es un fenómeno evidente, especialmente cualificado en materia mercantil, siempre abierta y sensible, por su misma naturaleza, a las influencias del Derecho Público como Derecho propio para encauzar el dirigismo y control económico del Estado, pero FRANCESCHELLI mantiene enérgicamente que desde un punto de vista formal, el llamado Derecho Económico no vacía de contenido al Derecho Privado o, más concretamente, al Mercantil, sino que su influencia no pasa de ser una simple interferencia o coloración en aquel Derecho pragmáticamente traducido en un aparato exegético normativo, entendido éste no como un procedimiento formal, sino como una orientación teleológica de carácter dúctil y evolutiva). Se concluye esta primera parte con un viejo trabajo (diciembre 1949) sobre los cambios internacionales y el Derecho Mercantil interno.

La segunda parte agrupa 18 trabajos sobre la sociedad mercantil. Especial actualidad tiene en la panorámica jurídica europea de hoy el último de ellos: «Sobre la sociedad comercial europea», pues, como ya sabemos, en junio de 1970, la Comisión de la Comunidad Económica Europea presentó al Consejo un Proyecto de Estatuto sobre la Sociedad Anónima Europea, propuesta fuertemente inspirada en el esquema elaborado en 1966 por el profesor de Rotterdam, SANDERS. FRANCESCHELLI en este estudio critica las sugerencias de su colega holandés, sugerencias críticas no recogidas en el Proyecto (sobre este Proyecto de Estatuto ver el libro de R. PÉREZ ESCOLAR: *La Sociedad Anónima Europea*, Madrid, 1972). Efectivamente, contra las apreciaciones del profesor de Milán sólo pueden constituir sociedades anónimas europeas las sociedades anónimas ya existentes en los países de la C. E. E. La coexistencia se admite ampliamente según las pautas vigentes y ensayadas por la Legislación alemana.

Los títulos representativos del capital (acciones) pueden ser, también en contra de lo propuesto por FRANCESCHELLI, nominativas y al portador. La proyectada sociedad europea se organiza socialmente siguiendo las orientaciones tudesacas (Directiva o Directorio—cuerpo de gestión y representación—, Consejo de Vigilancia, Asamblea General de Accionistas y Censores o Controles Especiales). Se fija un número bastante alto como capital social (500.000 unidades cuenta—futura moneda europea de inmediata realidad después de la aceptación del Plan Werner por los nuevos representantes de los Estados miembros en noviembre de 1972— en el caso de que la creación de la sociedad se haga por fusión o por constitución de una sociedad *holding*, 250.000 unidades cuenta en el supuesto de crearse mediante una filial común, 100.000 unidades cuenta para la creación de una filial de una sociedad europea—art. 4 del Proyecto de Estatutos—). Dentro de esta misma rúbrica segunda son también de destacar los trabajos sobre *Associazioni e Società, Sulla forma del mandato a costituire una Società di capitali* (el problema fundamental afrontado en este trabajo consiste en determinar cuál ha de ser el encaje interpretativo del art. 2.328—«la sociedad debe constituirse en documento público...»—cuando el mandato para constituir la está contenido en un documento privado autenticado: el acto es válido, señala el autor, ya que la nulidad de un negocio por defecto de forma solamente puede ser declarado cuando expresamente lo determine la Ley, supuesto que no se da en la disciplina legal de los contratos plurilaterales) y, sobre todo, *Harmonisation du droit des sociétés en ce qui concerne les pouvoirs des organes sociaux* (orientaciones sobre la Legislación italiana al efecto de interpretar el art. 54, p. 3, g), del Tratado de Roma de 1958).

En la parte tercera y última de este libro—Contratos Comerciales—se tratan cuestiones asaz diversas: temas generales de la Contratación (la devaluación monetaria como causa de resolución de los contratos por excesiva onerosidad, *la cassazione e la compensazione privata*), temas de Derecho Fiduciario (*Negoziazioni di tratte sull'area della sterlina e rischio del cambio* o *Apponti preliminari in tema di negoziazione di tratte documentate emesse sulla base di lettera di crédito provenienti dall'area della sterlina*), temas de Derecho Marítimo (*Il trasporto nei progetti del Codice di Commercio e del Codice della Navigazione* o *Ambito e condizioni di validità delle clausole che limitano od escludono la responsabilità del vettore marittimo*), sugerentes observaciones sobre la compraventa con exclusiva (estamos frente a un contrato único de naturaleza atípica, según lo regulado en el art. 1.103 del Código Civil, siendo la cláusula de exclusiva no un elemento natural del contrato, sino uno de sus requisitos esenciales).

En fin, creemos que pese al paso del tiempo y a la diversidad de los trabajos contenidos en el libro, éste continúa teniendo un indudable interés para los mercantilistas, especialmente para los españoles. Muchas de las materias estudiadas (*Mostra, Contratto de esposizione, Natura giuridica della compravendita con esclusiva*) son para nosotros cuestiones todavía polémicas.

FRANCISCO MESA MARTÍN

MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*. Editorial Hispano-Europea. Barcelona, 1972.

La obra del doctor JUAN MONTERO AROCA, profesor adjunto de la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, se inicia con un prólogo del catedrático señor FAIRÉN, seguido de un índice, que refleja la materia tratada a lo largo de las 260 páginas de que consta. En dicho índice puede apreciarse cómo el autor divide la obra en dos partes: una primera concerniente a la pluralidad de partes en el proceso civil; la segunda, relativa a la intervención adhesiva simple. Cada una de dichas partes comprende, a su vez, diversos apartados, como se irá reseñando a lo largo de su lectura.

En primer lugar se habla de las figuras jurídicas, que suelen incluirse bajo el epígrafe de pluralidad de partes. Tras una introducción nos encontramos con el supuesto de pluralidad de personas, que constituyen una parte. En principio, el autor no pretende construir aquí esa teoría general de la pluralidad de partes. No es, de momento, su objetivo. Pero sí cree preciso establecer unas bases sobre las que se apoye su construcción posterior.

Aclara, en primer término, el significado que da a la expresión «pluralidad de partes», pasando por el estudio de las varias clasificaciones que los autores ofrecen del fenómeno de la pluralidad de partes.

A continuación, en estas páginas iniciales del libro hace su aparición el «litisconsorcio», palabra que etimológicamente denota la presencia de varias personas en el proceso unidas en una determinada posición. Existe cierta unanimidad al establecer la distinción del litisconsorcio en voluntario y necesario. En el primero, la constitución queda a merced de la voluntad de las partes, pero, entiéndase bien, no de actores y demandados, sino sólo de los actores, en cuanto éstos pueden unirse para litigar juntos, o bien en cuanto el único actor puede demandar a varias personas al mismo tiempo. Sin embargo, existe otra clase de litisconsorcio, que viene impuesto por la Ley, generalmente la Ley material, y al que acostumbra a llamarse necesario. La necesidad de su constitución tiene grados: a) litisconsorcio cuasi necesario o impropio, que se halla en un terreno intermedio entre el voluntario y el necesario propiamente dicho, pero más cerca de este último en cuanto sus regulaciones deben seguir la misma suerte, y b) litisconsorcio propiamente necesario, en el que la voluntad de las partes para su constitución es totalmente inoperante.

Del examen de las distintas figuras del litisconsorcio pueden extraerse estas conclusiones:

1. En el litisconsorcio simple o voluntario no hay pluralidad de partes. Es un fenómeno de reunión de varios procesos en un solo procedimiento, por razones de economía procesal, basado en la conexión existente entre ellos.

2. En el cuasi necesario, en cuanto se dé realmente, existe pluralidad de partes. No existen dos o más procesos, sino uno solo y, por tanto, con resolución única. Su razón de ser es la evitación de sentencias contradictorias.

3. En el necesario existe siempre un proceso único con pluralidad de partes, de tal modo que si no concurren todas no se puede llegar a una resolución de fondo, la cual será única y afectará a todos.

Tras el litisconsorcio hace su aparición la acumulación objetiva propiamente dicha, la cual con relación al tiempo puede ser: A) Inicial: se produce desde el momento de la presentación de la demanda; única en la forma, pero conteniendo más de una pretensión: acumulación de acciones o pretensiones. B) Sucesiva: se produce en un momento posterior a la presentación de la demanda. A su vez, puede ser:

a) Acumulación por inserción: puede provenir tanto del actor como del demandado. Actor: ampliación de la demanda. Demandado: reconvencción.

b) Acumulación por reunión de procesos que han comenzado independientemente en un único procedimiento: acumulación de autos o procesos.

Aparece también tratada en las páginas del libro la llamada intervención principal, que viene a ser la injerencia de un tercero en un proceso pendiente entre otros, pretendiendo, total o parcialmente, la cosa o derecho litigioso. Destaca las dos concepciones que de ella existen y pone de manifiesto cómo el Derecho positivo español desconoce la intervención principal con carácter general y sólo puede indicarse, como una aplicación de la misma, la tercería en el proceso de ejecución. Ahora bien, el que la Ley no conozca una figura jurídica no quiere decir que ésta no se presenta en la realidad, y así, aunque en 1932 nuestro Tribunal Supremo se opuso rotundamente a cualquier tipo de intervención, el autor indica sentencias que con posterioridad la han admitido en general, aunque es lo cierto que hasta hoy no registra la jurisprudencia un solo caso de intervención principal.

A la intervención adhesiva, es decir, al supuesto en el que un tercero, hasta entonces extraño en un proceso, interviene en él, no pretendiendo para sí la cosa o el derecho litigioso, sino para coadyuvar a la victoria de una de las partes, dedica principalmente su trabajo y por ello será objeto de una consideración más detenida.

Junto a los casos ya vistos de intervención voluntaria, o sea, aquellos en que el tercero espontáneamente intervenía en un proceso pendiente entre otros, contempla y examina los de intervención forzosa, donde la iniciativa de la intervención proviene no de un tercero, sino de una de las partes en causa (intervención a instancia de parte) o bien del juez (intervención por orden del juez).

Posteriormente destaca cómo la doctrina y algunas legislaciones contemplan como casos especiales de intervención forzosa a instancia de parte ciertos supuestos que tienen bien poco en común: tan sólo la forma en que se provoca tal intervención, la *litisdenuntiatio* y la existencia de la intervención misma, pero los presupuestos y efectos son totalmente diversos.

GUASP, por la finalidad que se persigue, distingue:

A) Que la parte llamante quiera imponer al tercero llamado una situación jurídico-pasiva que pesa también sobre él: llamada en garantía.

B) Que la parte llamante quiera con tal llamada desligarse de la situación jurídico-pasiva en que se encuentra:

a) *Laudatio auctoris*.

b) Llamada al tercero pretendiente.

De lo expuesto en la larga introducción que precede se deduce que todos los supuestos examinados, incluida la intervención adhesiva, pueden encuadrarse en dos grandes grupos: unas veces se tratará de una simple acumulación de pretensiones, y otras, estaremos ante verdaderas pluralidades de partes.

La sistematización de los supuestos de acumulación obliga al autor, en primer lugar, a establecer lo que entiende por acumulación de pretensiones (de procesos) en un procedimiento único. Por acumulación de pretensiones entiende «aquel fenómeno procesal basado en la conexión y cuyo fundamento se encuentra en la economía procesal, por el cual dos o más pretensiones (es decir, procesos) son examinados en un mismo procedimiento judicial y deducidos en una única sentencia en sentido formal».

Reflejado lo que entiende por acumulación de pretensiones, ofrece una clasificación de los supuestos de acumulación de pretensiones, sobre la base de distinguir los casos en que la acumulación de pretensiones es exclusivamente objetiva, no existiendo pluralidad de personas, de los supuestos de acumulación de pretensiones subjetiva.

Junto a la acumulación de pretensiones trata también de la pluralidad de partes, indicando que nos encontramos ante un proceso único con pluralidad de partes cuando más de dos personas se constituyen en él, en la posición del actor o demandado, estando legitimadas, ordinaria o extraordinariamente, para ejercitar u oponerse a una única pretensión, de tal modo que el órgano jurisdiccional ha de dar un único pronunciamiento, el cual tiene como propiedad inherente al mismo el afectar a todas ellas de modo directo o reflejo.

La pluralidad de partes y la acumulación de procesos son, a su juicio, dos supuestos completamente diferentes, que no guardan entre sí ninguna relación, por lo que antes habla de dos grandes grupos. En la acumulación se reúnen varios procesos en un único procedimiento. En la pluralidad de partes hay un único proceso en un solo procedimiento, que únicamente se diferencia del proceso en que hay dos partes, en el número de legitimados activa o pasivamente.

Expuesta esta diferencia examina los distintos supuestos, en los que, refiriéndose a nuestra legislación, existe esta pluralidad, aunque las Leyes no contengan normas expresas sobre la legitimación, no pretendiendo con ello hacer una enumeración exhaustiva.

Son cinco los apartados generales que contempla, y dentro de ellos, a su vez, viene a considerar distintos supuestos:

A) Procesos de anulación, modificación o sustitución de actos de voluntad de un ente colectivo a instancia de los interesados.

B) Procesos sobre el estado civil de las personas.

C) Procesos dirigidos a operar sobre las relaciones jurídicas de otros a instancia de terceros interesados.

D) Procesos declarativos sobre una situación jurídica de carácter real cuando la titularidad corresponde a varias personas.

E) Procesos dirigidos a operar sobre relaciones entre más de dos personas a instancia de alguna de ellas.

De igual manera que ha clasificado los supuestos de acumulación de pretensiones procede con relación a la pluralidad de partes, creyendo, aun a riesgo de adelantar conclusiones, por no haberse estudiado aún la intervención adhesiva, que la clasificación puede realizarse desde dos puntos de vista:

1. Con relación al modo de regular la legitimación el ordenamiento jurídico, la pluralidad de partes puede ser necesaria y eventual.

2. Atendiendo al momento en que se produce la pluralidad de partes, ésta puede ser originaria y sobrevenida.

Deslindados los supuestos de acumulación de procesos y pluralidad de partes en la primera parte de su trabajo, en la segunda centra su estudio en la intervención adhesiva simple, pretendiendo demostrar que el interviniente adhesivo es parte y que con su incorporación al proceso estamos ante un supuesto de proceso único con pluralidad de partes.

Comenzando con el problema de la terminología, el autor examina posteriormente la intervención adhesiva en relación con el Derecho positivo español y con la actual doctrina española, que, por cierto, se ha ocupado escasamente del tema, hasta el punto de que, como dice el autor, puede concluirse afirmando que a pesar de la renovación que la doctrina procesal ha experimentado en España en los últimos veinticinco años, la intervención en el proceso, y de modo especial, la intervención adhesiva—salvo algunas excepciones—, es un tema marginal, que se trata más bien por reflejo de la doctrina extranjera.

Ofrece también una completa y detallada exposición de la jurisprudencia española sobre la intervención adhesiva procediendo con cierto orden, por lo que divide el periodo de tiempo considerado en tres etapas; iniciando el estudio con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y llegando con el examen de la última etapa al resultado claro de que en la actualidad se admite, sin ningún género de dudas, la intervención adhesiva en el proceso civil. Ciertamente—dice el autor—que los considerandos de las sentencias no son precisamente modelos de claridad técnica y procesal y que hay confusiones con el litisconsorcio necesario, pero de ello debe disculparse al Tribunal Supremo, por lo menos en parte, por no haber encontrado una doctrina española clara en qué sustentarse.

En suma, la exposición que ofrece del Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia españolas sobre la intervención adhesiva responde a dos finalidades: la primera y más importante, ofrecer una visión general, pero completa, del estado real de nuestra situación sobre este tema, y la segunda, probar la necesidad de acudir a la doctrina extranjera para profundizar en su estudio.

El estudio de la intervención adhesiva en el Derecho comparado podría abarcar multitud de legislaciones; sin embargo, se limita a aquellas más cercanas a nosotros en el Derecho europeo continental, por ser, en su opinión, las más útiles: Francia, Alemania e Italia.

A continuación trata de la intervención adhesiva en general, entendiendo por tal aquella en la que el interviniente no interpone una pretensión incompatible con la que se está discutiendo en el proceso pendiente, sino que se limita a apoyar, a ayudar a una de las partes.

Tradicionalmente dentro de la intervención adhesiva se ha subdistinguido entre simple o dependiente y litisconsorcial o autónoma. En la litisconsorcial, el interviniente alega un derecho propio, discutido en el proceso y defendido ya por alguna de las partes en litigio. En cambio, es opinión unánime en la doctrina e incluso en las legislaciones considerar que en la intervención adhesiva simple el hasta entonces tercero coadyuva a la pretensión de una de las partes, porque tiene interés en la litis, que queda amparado por esa intervención.

MONTERO AROCA, antes de exponer su pensamiento sobre el fundamento y concepto de la intervención adhesiva simple, examina algunos supuestos concretos. Después determina los presupuestos que han de concurrir para que la intervención adhesiva simple pueda admitirse en un proceso concreto. Esquemáticamente son:

A) Proceso pendiente.

B) Interés.

Determinado cuando un proceso está pendiente, sus momentos *a quo* y *ad quem* fijan la noción de tercero procesal, dado que la intervención

presupone la injerencia de un tercero en un proceso pendiente entre otras personas.

Aborda también, como ya se ha dicho, el interés o legitimación para intervenir, dentro de lo cual pueden verse recogidos y tratados los siguientes puntos concretos: a) los terceros ante la cosa juzgada; b) eficacia refleja de la cosa juzgada e interés; c) los terceros que sufren efectos de mero hecho y su interés; d) interés moral, y e) interés de las asociaciones profesionales, sindicales, etc.

El autor completa su obra con la exposición detallada del procedimiento de la intervención adhesiva simple y con el estudio de la naturaleza jurídica del interviniente y de sus poderes procesales.

En torno al procedimiento de la intervención adhesiva simple se examina, en primer lugar, el tiempo de la intervención. La intervención puede realizarse desde el momento *a quo* de producción de litispendencia, es decir, desde que existe proceso pendiente. Sin embargo, el momento final, el momento *ad quem* de la intervención, es más complejo, por llevar implícita la cuestión de la admisibilidad de la misma en los recursos.

En cuanto a la forma de la intervención, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil ni el Decreto de 21 de noviembre de 1952, las dos normas legales básicas que regulan el procedimiento ante la jurisdicción civil, contienen disposición alguna sobre la forma de la intervención, por lo que, después de referirse a nuestro Derecho positivo y al Derecho comparado, ofrece la regulación que, de *lege ferenda*, le parece más aceptable.

Otro de los apartados de la obra está dedicado a la naturaleza jurídica del interviniente adhesivo simple y sus poderes procesales. Tras exponer las distintas posiciones mantenidas por la doctrina sobre este extremo, se examinan en este capítulo las repercusiones que sobre el procedimiento del proceso pendiente ocasiona la injerencia de una nueva parte, considerando, en primer término, los principios generales establecidos por la doctrina y legislaciones.

Después de reconocer al interviniente la condición de parte con la plenitud de sus facultades, estima que podría limitarse a decir que al interviniente le corresponden todos los poderes procesales inherentes a tal condición, y teniendo en cuenta que no es, al mismo tiempo, titular de la relación jurídico-material deducida en el proceso, excluir los poderes de disposición; sin embargo, estima necesario examinar, como examina, en concreto esos poderes, concernientes, por cierto, a los siguientes extremos: A) con relación a las alegaciones; B) con relación a las pruebas de confesión en juicio, documental, pericial, reconocimiento judicial y testifical; C) la intervención y los actos de disposición, y D) impugnación autónoma de las resoluciones judiciales.

El presente capítulo lo completa hablando de la intervención en los medios de impugnación, efectos de la sentencia para el interviniente y costas.

Llegamos ya al capítulo final de la obra de MONTERO AROCA, encabezado bajo el epígrafe de «La pluralidad de partes y la intervención adhesiva simple». Dentro de este capítulo son varios los puntos que toca. El primero de ellos versa sobre la legitimación extraordinaria del tercero, que puede sufrir la eficacia refleja de la cosa juzgada. El segundo concierne a la pretensión ejercitada por el interviniente, problema éste fundamental con relación a la existencia de un proceso único con pluralidad de partes. Finalmente, el tercer y último punto tratado dentro de este capítulo VII concierne a la constitución de un proceso único con pluralidad de partes eventual y sobrevenida.

La obra reseñada está adornada de numerosas citas de la doctrina

patria y comparada y completada al final con un índice de autores y otro alfabético de materias.

El libro, en resumen, como se destaca en sus notas de orientación, «no sólo desbroza y clasifica los distintos fenómenos incluidos bajo el concepto de pluralidad de partes, sino que investiga sus relaciones con el tema de la intervención adhesiva simple y que, sin pararse aquí, también se ocupa de la situación de esta figura en nuestro ordenamiento, descubriendo sus lagunas y llenándolas con lo que al respecto se ha venido legislando en otros países, que han entendido más pronto el interés que la misma, en cualquier caso, debe merecer».

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

VERGEZ SÁNCHEZ, MERCEDES: *El socio industrial*. Editorial Tecnos. Madrid, 1972.

La presente obra está dividida en dos partes, con un total de 228 páginas, precedidas de un prólogo firmado por AURELIO MENÉNDEZ, donde se destaca la condición que tiene esta monografía de tesis doctoral, cuyo propósito inicial no es otro que el de revisar el estatuto del socio industrial elaborado por nuestra doctrina y comprobar, con la ayuda de una metodología apropiada, en qué medida esa revisión era o no fundada. Según el catedrático señor MENÉNDEZ estamos en presencia de una monografía que ha planteado con rigor y cierta originalidad dentro de nuestra doctrina el estudio de una figura clásica y en plena vigencia, cual es la del socio industrial.

La primera parte de la obra consta de tres capítulos: 1.º) La aportación de industria. 2.º) La aportación de industria en los distintos tipos de sociedad. 3.º) Caracterización jurídica del socio industrial.

Comenzando con el capítulo dedicado a la aportación de industria se habla, en primer término, de la delimitación de la aportación de industria.

Encuadrada la figura del socio industrial dentro del contrato de sociedad, de esa noción es preciso partir para una comprensión adecuada de la misma. Sobre la pauta marcada por el Código Civil y el de Comercio al definir el contrato de sociedad, de momento sólo interesa recordar la significación que corresponde a la aportación como elemento esencial del contrato y presupuesto necesario de la adquisición de la condición de socio, pues es obvio, como dice MERCEDES VERGEZ, que siendo el socio industrial aquella persona que en el contrato se obliga a aportar la propia industria, para delimitar su figura se hace necesario saber cuál es el contenido de su aportación. En este sentido habla de la aportación de industria y aportación de bienes, indicando que la noción de aportación de industria como prestación de una determinada actividad por parte del socio, tal como ha sido aceptada por la generalidad de la doctrina, no ha evitado ciertas discusiones derivadas de los intentos ensayados para atribuir a dicha aportación un contenido más amplio. Pero esa amplia concepción de la aportación no puede admitirse sin reserva. De ahí que se considere oportuno la conveniencia de examinar detenidamente el contenido de la aportación de industria para ver en qué medida es aceptable o no incluir en ella ciertas prestaciones.

El contenido de nuestros textos legales es claro en el sentido de que el socio industrial debe desarrollar una actividad al servicio de la sociedad. Es obvio, pues, que la aportación de industria se refiere a aque-

llas prestaciones que constituyen también el objeto propio de otros negocios jurídicos, como el arrendamiento de servicios o el contrato de trabajo. Sin embargo, no está clara la solución referente a ciertas prestaciones, que en ocasiones han sido clasificadas como aportaciones de industria; así sucede con las aportaciones de empresa, las de nombre o crédito y las de prohibición de concurrencia. En relación con todas ellas cabe afirmar que si, en principio, sería posible su reconocimiento como tales aportaciones de industria en atención a una amplia noción del término «industria», no es fácil, sin embargo, llegar a una solución afirmativa. Se juzga necesario contemplar concretamente cada uno de aquellos supuestos.

La posibilidad de calificar la aportación de una empresa a la sociedad como aportación de industria es una idea defendida por algún autor al incluir dentro del contenido propio de la aportación de industria ya la propia actividad del socio, ya su empresa, ya simplemente el conjunto de beneficios obtenidos de la empresa aportada. En la actualidad, sin embargo, no parece dudoso que la estimación de la empresa como posible objeto de la aportación de industria contradice el carácter propio de este tipo de aportación. La autora cree que nos encontramos ante una verdadera aportación de bienes y que lo único que cabría admitir, en relación con las sociedades personalistas, es la posibilidad de una prestación mixta, cuando al lado del conjunto de elementos que integran la organización empresarial, el empresario aporta también su propio trabajo.

Otro de los supuestos considerados por algunos autores como aportación de industria es el de la aportación del nombre o del crédito comercial. Desde el punto de vista jurídico, el nombre comercial es en nuestro Derecho un bien inmaterial, y siendo esto así, su aportación a la sociedad debe ser concebida no como aportación de industria, sino como aportación de un bien.

Distinta es la conclusión si lo que el socio aporta es su nombre civil; en ese caso no hay, en definitiva, más que una especie de garantía que dicho socio presta al feliz desenvolvimiento de la actividad social, en virtud ya de sus cualidades personales, ya de su posición económica. La aportación consiste aquí más bien en la garantía que se presta a la sociedad, y en este sentido sería preferible hablar de una aportación de garantía. En rigor, ¿cabe hablar entonces de aportación social? La solución afirmativa no resulta clara, siendo difícil admitir, al menos en nuestro Derecho, que estamos ante un supuesto de aportación social en sentido propio. En todo caso, aun cuando se aceptara la posibilidad de una aportación de crédito personal, basándose en las ventajas que de ello derivan para la sociedad, no sería correcto estimar que se trata de una aportación de industria, a menos de dar a ésta un sentido impropio, entendiendo como tal todo aquello que haga referencia a algún elemento personal.

Partiendo de que la aportación de industria consiste normalmente en una prestación de trabajos o servicios en favor de la sociedad, es decir, en la realización de un *facere*, se pregunta si esta misma aportación puede consistir también en un *non facere* u obligación de abstención de actividad; más concretamente, en una abstención de concurrencia, capaz de eliminar la competencia de una persona determinada. Sobre esto se dice que el estatuto especial del socio industrial en nuestro Derecho se ha elaborado expresamente sobre la base de una prestación de trabajo, y en relación con ella no resulta fácil ampliar o extender la aportación de industria a supuestos en que la prestación no consiste en «hacer», sino en un «no hacer».

A continuación se nos ofrece una noción general y los supuestos de aportación de industria. La aportación de industria consiste en una pres-

tación de hacer, por virtud de la cual el socio pone su actividad al servicio de la sociedad. Mas como la prestación de hacer puede realizarse de formas muy diversas, es preciso examinar si todas ellas quedan recogidas dentro del concepto de la aportación de industria o si, por el contrario, algunas deben excluirse.

El primer supuesto que se nos plantea es el de la prestación de trabajo subordinado. La posibilidad de admitir la existencia de un trabajo subordinado como objeto de aportación de industria no encuentra ningún inconveniente, según la autora, a pesar de que la estructura organizativa de la sociedad es, como tal, ajena a cualquier relación de subordinación. No es difícil, en efecto—continúa diciendo—llegar a esta conclusión si se tiene en cuenta la distinción entre sociedad y empresa social: la primera, como empresario titular de la empresa, y la segunda, como actividad organizada o comunidad de trabajo.

Otros supuestos también contemplados son los de prestación de un trabajo autónomo y prestaciones de carácter laboral excluidas de la aportación de industria.

La afirmación recogida en el sentido de que cualquier tipo de trabajo desarrollado por el socio para la sociedad puede considerarse como aportación de industria no debe ser entendida en términos absolutos. Existen algunos supuestos en los cuales, beneficiándose la sociedad de una actividad laboral prestada por quien es socio, no cabe deducir sin más que nos encontramos en presencia de una verdadera aportación de industria.

Finalmente, en el último apartado del primer capítulo de la primera parte de su obra, MERCEDES VERGEZ considera interesante examinar las diferencias que existen entre la aportación de industria y el deber general del socio de colaborar a la marcha de la sociedad, y más concretamente aún, entre dicha aportación y el trabajo que los socios efectúan en el desempeño de las funciones de administración. El deber del socio de colaborar no es sino la obligación que tiene de coadyuvar a la realización del fin social, no pudiendo confundirse con la aportación de industria. La colaboración se manifiesta a través de los supuestos más diversos, que no sólo no responden a la idea de una aportación de industria, sino que ni siquiera constituyen una verdadera aportación social. Sin embargo, la cuestión puede ser más dudosa cuando la colaboración activa de los socios se produce a través del ejercicio de las funciones administrativas. El hecho de que la actividad administrativa del socio no deba considerarse como aportación social no impide que en algunos casos pueda admitirse que dicha actividad se desenvuelve a título de aportación, constituyendo una verdadera aportación de industria.

Examinada la noción de aportación de industria considera conveniente tratar en capítulo aparte de la cuestión relativa a su admisión y los problemas que plantea en los distintos tipos de sociedad. Pero para una mejor comprensión del tema estima necesario contemplar la relación de dicha aportación con los conceptos de patrimonio social de producción y patrimonio social de responsabilidad.

Sobre la base dicha, una primera cuestión viene a examinar: la admisibilidad o no en nuestro Derecho de sociedades con sólo aportación de industria. Vinculado el tema de las sociedades con sólo aportación de industria a la importancia que haya de darse a la formación de un fondo de garantía en la vida de la sociedad, juzga preciso tener en cuenta dos aspectos particularmente relevantes: de un lado, la existencia de una verdadera individualización de la sociedad; de otro, la forma en que se actúa la responsabilidad social. Posteriormente se nos ofrece una consideración histórica y actual del tema para pasar después al examen de la aportación de industria en las sociedades capitalistas.

La afirmación recogida por la generalidad de la doctrina en el sentido de que la aportación de industria no tiene cabida en las sociedades llamadas de capital cuenta con un reconocimiento más o menos explícito en los ordenamientos más modernos, entre ellos el nuestro. Sin embargo, no deja de ofrecer aspectos de cierto interés para nuestro estudio. Según dice, se puede afirmar, con carácter general, que los esfuerzos de la doctrina en orden a la admisión posible de la aportación de industria en las sociedades de capital a través de ciertos cauces contrastan con la posición adoptada por los ordenamientos de distintos países, que, en general, se resisten a esa solución. Así sucede con las llamadas acciones industriales y las prestaciones accesorias, en las que tampoco es posible llegar a una conclusión positiva en orden a su calificación como aportaciones de industria, sin que conduzca tampoco a soluciones distintas la consideración de otros supuestos semejantes a los indicados.

Por otra parte, tras exponer las perspectivas de la incorporación de la aportación de industria a las sociedades capitalistas, trata de la aportación de industria del socio comanditario. La posibilidad de admitir o no la existencia de un socio comanditario industrial ha de obtenerse, según la autora, del análisis de las características propias del tipo social y de los presupuestos que configuran al citado socio comanditario. Tras ciertas reflexiones cree que no puede sentarse una solución absolutamente negativa. Estima que la imposibilidad de admitir un socio comanditario industrial ha de mantenerse únicamente en relación con el sentido histórico de esta figura y con su regulación en nuestro Derecho vigente. No quiere decir, pues, que el legislador no pueda admitir en el futuro esta posibilidad. Las líneas de reforma legislativa en algunos de los actuales proyectos tienden de alguna manera, a la creación de un socio comanditario industrial.

En el tercer y último capítulo de esta primera parte de la obra se habla de la caracterización jurídica del socio industrial, tratándose con ello de examinar cuál es su posición dentro de la sociedad a que pertenece, es decir, cuál es el conjunto de derechos que le corresponden y que determinan su situación económica-patrimonial y su inserción dentro de la estructura organizativa de la sociedad. Esta determinación del conjunto de derechos y obligaciones del socio industrial está condicionada por una cuestión previa: la de saber si este socio está sometido al mismo tratamiento que los demás socios colectivos o, por el contrario, su régimen dentro de la sociedad ha de ser distinto.

Se habla del socio industrial en nuestro Derecho, indicándose que la cuestión relativa al estatuto del socio industrial no encuentra, en principio, una respuesta clara y completa en nuestro ordenamiento. Ahora bien, la parquedad del tratamiento legal no ha sido obstáculo, sin embargo, para que la doctrina haya prestado cierta atención al estatuto del socio industrial, diferenciándolo radicalmente de los demás socios colectivos.

Después de haberse referido al socio industrial en nuestro Derecho, expone la configuración del socio industrial ofrecida por otros ordenamientos particularmente representativos y próximos al nuestro, como son, el alemán, el francés y el italiano, configuración que contrasta sensiblemente con la ensayada por nuestra doctrina.

También se refiere a la revisión crítica de la posición del socio industrial, dentro de la cual viene a ofrecernos los siguientes especiales apartados: 1.º) La llamada sociedad irregular y el silencio del Código de Comercio. 2.º) El socio industrial y la figura del «factor interesado». 3.º) El socio industrial y el trabajador partícipe de los beneficios de la empre-

sa. 4.º) La responsabilidad ilimitada del socio industrial. 5.º) Contraste histórico de la figura del socio industrial.

MERCEDES VERGEZ termina la primera parte de su obra con un apartado concerniente al socio industrial y la legislación laboral. La naturaleza de la aportación del socio industrial, consistente en una prestación de trabajo y su caracterización como verdadero socio, aconseja, según la autora, a considerar también si deberán o no aplicarse a este socio algunas de las disposiciones relativas al trabajador, que podrían completar su régimen jurídico. Dos son los temas concretos abordados dentro de este apartado: uno es el relativo a la prestación de trabajo y estructura funcional del contrato; otro, concerniente al socio industrial y las normas sobre previsión social.

Terminada ya la primera parte de la obra nos adentramos en la segunda, que consta, a su vez, de dos capítulos: 1.º) El estatuto jurídico del socio industrial. 2.º) Exclusión y separación del socio industrial. El socio industrial y los fenómenos de transformación, fusión, disolución y liquidación de sociedad.

En el estatuto jurídico del socio industrial, tras una previa introducción, se pasa a examinar la vida social interna, entendida como el conjunto de relaciones jurídicas que dentro de la organización social se dan entre la sociedad y los socios en cuanto miembros de aquélla o bien simplemente entre los socios, poniendo de relieve cómo el socio industrial plantea una serie de problemas especiales, tanto respecto a los derechos que le corresponden como respecto a sus obligaciones.

En cuanto a los derechos del socio industrial, son objeto de especial examen los de participar en la administración de la sociedad; derecho a participar en los beneficios de la sociedad, señalando en este aspecto cómo las particularidades que afectan al socio industrial se manifiestan especialmente a la hora de fijar el criterio que ha de seguirse para determinar cuál ha de ser la cuantía de su participación en los beneficios.

Otro derecho objeto también de especial exposición es el del socio industrial sobre las invenciones patentables, tema cuyo examen exige una previa consideración de los derechos que, en términos generales, corresponden al inventor de las invenciones patentables. Sobre el tema de las invenciones puede contemplarse cómo al lado de las invenciones libres y las de servicio, las invenciones llamadas de empresa presentan también características especiales.

Al lado de los derechos fundamentales del socio industrial se examinan también las obligaciones que asume y que contribuyen, igualmente, a determinar su posición jurídica en la vida social. Del mismo modo aquí, como señala la autora, el estudio va referido solamente a los aspectos que tienen una relevancia especial, bien por su importancia, bien porque hacen referencia a particularidades propias de la aportación de industria.

La primera obligación que contemplamos es la de aportar, en torno a la cual se fijan los límites dentro de los cuales ha de encuadrarse esa obligación de aportar asumida por el socio industrial y las demás particularidades que la misma presenta.

Se habla a continuación de la prohibición del artículo 138 del Código de Comercio, en el sentido de no poder dedicarse a ningún otro género de actividad, considerada como una de las especialidades más notables que presenta el régimen positivo del socio industrial.

Dentro, igualmente, del marco de las obligaciones nos encontramos con la participación en las pérdidas. Frente al derecho que todo socio tiene de participar en los beneficios de la sociedad e incluso como contrapartida de él, nos hallamos con la obligación de participar en las pérdidas que en ella se produzcan; admitiéndose, no obstante, la posi-

bilidad de contratos de sociedad en los cuales, por ciertos motivos, uno de los socios queda excluido de toda participación en las pérdidas sociales. MERCEDES VERGEZ no cree necesario penetrar en esta cuestión, que aparece expresamente resuelta en nuestro Derecho en el artículo 1.691 del Código Civil. Tanto el Código Civil como el de Comercio, ambos de forma diferente, admiten la posibilidad de que el socio industrial, a diferencia de lo que sucede con los demás, no soporte las pérdidas de la sociedad. El legislador ha concedido este privilegio al socio industrial, de ahí la necesidad de referirse al significado de la exclusión de las pérdidas, a su fundamentación y a la consideración crítica que merece.

Examinada la vida social interna, nos ponemos en contacto con la vida social externa, referida a las relaciones entre la sociedad y los terceros. Dentro de ello se tiene en cuenta todo lo referente a las funciones de representación, razón social y responsabilidad de los socios por las deudas sociales en relación sólo con el socio industrial.

El estudio del socio industrial se completa considerando su situación dentro de ciertas circunstancias peculiares de la sociedad, como son: exclusión y separación del socio industrial y transformación, fusión, liquidación y disolución de la sociedad.

En cuanto al socio industrial y el derecho de exclusión de la sociedad, después de recordar las bases generales sobre las que han de considerarse las particularidades especiales del socio industrial, señala y estudia éstas, a saber: causas de exclusión de la sociedad, procedimiento de exclusión y efectos de la misma, mereciendo especial consideración en este último aspecto el tema relativo a la cuota de liquidación del socio industrial.

En íntima conexión con lo anterior nos encontramos con el socio industrial y el derecho de separación. El hecho de que la separación del socio, lo mismo que su exclusión, implique una rescisión parcial del contrato, no debe conducir a una equiparación de supuestos. Mientras que la exclusión funciona con un carácter sancionador para el socio que incumple sus obligaciones y le viene impuesta por la sociedad, la separación es una denuncia voluntaria del contrato por parte de uno de los socios. Esta circunstancia necesariamente ha de influir en el tratamiento de una y otra cuestión.

La existencia del derecho de separación del socio de la sociedad tiene evidente constancia en el artículo 225 del Código de Comercio. El hecho de reconocerse generalmente el derecho del socio industrial a separarse de la sociedad no supone negar algunas características especiales que afectan a dicho socio. Por ello esas especialidades son someramente examinadas.

En otro de los apartados de este capítulo se habla de la transformación y fusión de la sociedad, fenómenos distintos que no pueden identificarse. Aquí lo que importa es considerar la situación en que se encuentra el socio industrial cuando se transforma o fusiona la sociedad de la que forma parte, y en este punto ambas figuras presentan un planteamiento muy semejante. Ahora bien, según apunta, no todos los casos de transformación y fusión de sociedades tienen la misma relevancia en relación con la figura del socio industrial. Señala que cuando estos cambios se producen entre tipos de sociedades que pertenecen a una misma categoría jurídica, la presencia del socio industrial no tiene mayor interés que la de cualquier otro socio. Las dificultades comienzan cuando se produce el paso de una sociedad personalista a una sociedad de capital, y de ahí que considere necesario centrar su actuación en estos supuestos.

Examinada la figura del socio industrial en relación con fenómenos de la vida social en los que siempre se da la continuación de la actividad común, al menos entre parte de los socios, considera en este último

apartado de su obra un supuesto totalmente distinto, en el que si bien no se produce inmediatamente la desaparición de la sociedad, se conecta con el proceso final de su extinción. Se trata de la figura del socio industrial en relación con la disolución y liquidación de la sociedad, con lo cual da por concluida su importante obra.

La reseñada obra, completada al final con un detallado índice bibliográfico, se encuentra en toda su extensión adornada de numerosas citas, tanto de la doctrina patria como extranjera, sin que en su exposición se haya dejado de tener presente el examen detenido del Derecho Comparado y de la legislación positiva española, a través de lo cual presenta una verdadera revisión del régimen jurídico del socio industrial en el Derecho de Sociedades, con evidente importancia práctica, por lo que es de esperar que tenga buena acogida entre los profesionales del Derecho.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo 1972

Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 3 a 152.

Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo, por Juan Rivero Lamas, págs. 153 a 188.

La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe, por Manuel Amorós Guardiola, págs. 189 a 264.

La adquisición a «non dominio» de bienes muebles en el Proyecto de Ley Uniforme y comparación con el sistema español, por Jesús Díez del Corral, págs. 265 a 293.

DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Mayo-junio 1972

Excesos de valor comprobado sobre valor contable en bienes adjudicados a socios que se separan de una sociedad (tratamiento fiscal en impuesto de sociedades y en impuesto de rentas del capital), por Pablo Salvador Bullón e Hilario Salvador Bullón, págs. 593 a 614.

Problemas de determinación de la renta gravada en cada periodo en la Contribución general sobre la misma, por Hermenegildo Rodríguez Pérez, págs. 615 a 624.

Julio-agosto 1972

El sistema de los ingresos presupuestarios en la República Democrática Alemana, por Hans Spiller, págs. 727 a 758.

Los ingresos presupuestarios en Rumania, por Joan Glica, págs. 759 a 782.

El sistema de ingresos presupuestarios en Polonia, por Marian Weralski, págs. 783 a 818.

Ingresos para el presupuesto de Estado en la U.R.S.S., por V. I. Lisovski y B. I. Ivanov, págs. 819 a 868.

DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre 1971

El notario ante el mundo moderno. Adaptación a las nuevas exigencias económicas, sociales, de previsión y mutualidad (ponencia de la Delegación Española en la I Comisión del XI Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas, 1971), por Fernando Monet y Antón, con la colaboración de Domingo Irurzun Goicoa, Joaquín Sapena Tomás, Vicente Font Boix, José Escámez Morales, Roberto Blanquer Uberos y Antonio Soto Bisquert.

Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en Derecho comparado (ponencia de la Delegación Española en la II Comisión del XI Congreso Internacional del

Notariado Latino, Atenas, 1971), por Roberto Blanquer Uberos, con la colaboración de José Luis Martínez Gil y Vicente Luis Simo Santoja.

DERECHO URBANISTICO

Julio-agosto-septiembre 1972

Instituciones antiguas y nuevas. Programación de la edificación residencial, por Giancarlo Mengoli, páginas 13 a 31.

Impuestos estatales y urbanismo, por José Luis Lampreave Pérez, páginas 31 a 78.

El problema del medio ambiente y la actividad industrial: Aspectos jurídicos, por Tomás Ramón Fernández Rodríguez, págs. 79 a 98.

ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Abril-junio 1972

Introducción al Seminario, por Emilio Gómez Ayau, págs. 9 a 14.

Derecho Agrario y Reforma Agraria, por Alberto Ballarín, págs. 15 a 30.

El mundo rural y la novela iberoamericana contemporánea, por Andrés Amorós Guardiola, páginas 31 a 52.

Obstáculos para el desarrollo rural en Iberoamérica y España, por José Vergara Doncel, págs. 71 a 86.

Situación presente y perspectivas de los mercados mayoristas en América Latina, por Leandro Castro Rodríguez, págs. 87 a 100.

Problemas del desarrollo económico en la zona nordestina brasileña, por Rafael Alvargonzález Cruz, páginas 101 a 150.

La estructura comunal en las Reformas Agrarias de Iberoamérica, por Manuel Lizcano, págs. 151 a 154.

La integración económica latinoamericana, por Ramón Tamames Gómez, págs. 155 a 168.

Justicia agraria en Iberoamérica, por Antonio Agúndez Fernández, páginas 169 a 184.

Discurso de clausura, por Emilio Lamo de Espinosa, págs. 185 a 199.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Septiembre 1972

Influencia de la legislación laboral en algunos casos de responsabilidad civil subsidiaria, por Eugenio Llamas Valbuena, págs. 251 a 304.

Estudio fiscal de los expedientes de liberación de gravámenes y de la prescripción, por José Menéndez, páginas 305 a 320.

Octubre de 1972

Administración de Justicia, desarrollo economicosocial y planificación, por Francisco Ruiz-Jarabo y Baquero, págs. 381 a 444.

La restauración de la comunidad conyugal en el matrimonio canónico y en el sistema matrimonial español concordado, por Rafael Navarro Valls, págs. 445 a 510.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Septiembre 1972

La contaminación de las aguas públicas, sus problemas y régi-

men jurídico administrativo, por Eduardo Roca Roca, págs. 826 a 831.

REVISTA DE
DERECHO PRIVADO

Septiembre 1972

REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA

Julio-septiembre 1972

Una interpretación del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, por Joaquín Torres de Cruells, páginas 675 a 678.

Otra vez sobre las providencias de «no ha lugar» a la remoción de depositario, por Luis Muñoz Sabaté, págs. 679 a 684.

Patentes de procedimientos de obtención de sustancias químicas, por Juan F. de Martí de Salazar, páginas 733 a 758.

Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil, por Víctor Manuel Garrido Palma, págs. 759 a 773.

Octubre 1972

La libertad contractual, por Enrique Lalaguna, págs. 871 a 894.

2