

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLVIII ○ Enero-Febrero 1972 ○ Núm. 488

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

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

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

"El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles", por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	9
"La calificación registral: Problemas", por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ.	43
"La primera codificación liberal en España", por MARIANO PESET REIG	125

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	161
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JUAN MANUEL REY PORTOLÉS y ELÍAS IZQUIERDO MONTORO	169
2. Jurisprudencia procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO y JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	187
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ-PÉREZ	193

LIBROS:

"La cláusula de reserva de dominio", de RODRIGO BERCEVITZ RODRÍGUEZ-CANO, por LUIS CASTELLS MARTÍNEZ	201
"Estudios de Derecho Bursátil", de MANUEL BROSETA, por VICENTE BALDO DEL CASTAÑO	207

"Derecho civil español, común y foral" (tomo VI), de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, por MARIANO ALONSO PÉREZ	211
"Studi sulla condizione del Diritto romano", de ANTONIO MASI, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	216
"L'Obbligazione di custodire nel Diritto romano", de ANTONINO ME- TRO, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	224
"Derecho vivo. Jurisprudencia comentada". Volumen I, de FRANCISCO SOTO NIETO, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	236

ESTUDIOS

El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles(*)

SUMARIO: 1. *Planteamiento del tema. Su importancia práctica.*—2. *Opiniones doctrinales.*—3. *Interpretación jurisprudencial.*—4. *Nuestra opinión:* A) Validez y eficacia del pacto. B) Su inscribibilidad. C) Otras cuestiones.

1. Vengo a plantear hoy ante ustedes, como especialistas que son en Derecho Inmobiliario Registral, un problema concreto de no pequeña importancia práctica. Vamos a hablar no de una cuestión puramente teórica, ni de una institución jurídica en general, sino de un caso real, cuya resolución demanda urgentemente una adecuada respuesta para disciplinar su régimen jurídico. Aunque, claro, la respuesta que demos al problema exija un planteamiento riguroso y científico de las cuestiones que en él se albergan. La teoría rectamente entendida servirá siempre, y no puede dejar de cumplir esa misión, para mejor comprender y resolver los problemas jurídicos suscitados. Decía que voy a plantearles un caso concreto de la vida real. El Derecho es una ciencia construida sobre los casos. La técnica jurídica, con su entramado contenido de disposiciones y matices, pretende la solución socialmente más justa de los diversos problemas que la realidad humana nos plantea cada día. Por eso encuentro razonable, aunque no deje de ser fatigoso, construir la teoría jurídica a partir de la reflexión sobre los casos reales.

Para mayor claridad, simplifiquemos el caso propuesto, esquematizándolo en un ejemplo. Supongamos que ante la oficina de un Registro

(*) El día 6 de diciembre de 1969 pronuncié una conferencia en el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca, reunido en el Colegio Notarial de Valladolid, sobre "El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles". El desarrollo del texto de aquella conferencia constituye el trabajo que en estas páginas se publica. Se ha conservado la forma de expresión hablada con que fue inicialmente dado a conocer.

de la Propiedad se presenta una escritura pública de venta, de la cual resulta, entre otros extremos, lo siguiente: Que la Sociedad Anónima Z., constructora de un importante edificio que ya ha sido constituido en régimen de propiedad horizontal, debidamente representada, vende uno de los pisos de ese edificio a don A. Que el precio de la venta es el de 600.000 pesetas, de las cuales 100.000 se confiesan recibidas y el pago de las restantes 500.000 se satisfará en cinco plazos, de 100.000 pesetas cada uno, que vencen el día 6 de diciembre de los años 1970 a 1974 inclusive. Se pacta expresamente que se transmite al comprador, por el mero hecho del otorgamiento de la escritura, la posesión del piso vendido, que no está arrendado, pero la sociedad vendedora se reserva el dominio del mismo hasta el completo pago del precio, el cual actuará como condición suspensiva de la transmisión del dominio. Que bastará para acreditar el cumplimiento de la condición, y su consiguiente constancia registral, la escritura de carta de pago otorgada por la sociedad vendedora. Que para el caso de que no se pagara alguno de los plazos, la sociedad vendedora podrá declarar resuelto el contrato de compraventa que se formaliza pura y simplemente, en cuyo caso retendrá el 25 por 100 de lo percibido en concepto de indemnización por uso del piso y cláusula penal por incumplimiento del contrato. Y que para acreditar esto último bastará escritura otorgada por la sociedad vendedora previo requerimiento notarial de pago al comprador. Una vez pagado el precio total, el comprador será dueño del piso.

A la vista de las estipulaciones expresadas, se plantea el problema de decidir si es inscribible en el Registro una escritura redactada en esos términos. La respuesta a este interrogante es por lo menos dudosa (1). Y de esto es de lo que vamos a tratar hoy aquí. Las opiniones doctrinales son a veces contradictorias, como no fueron uniformes ni unánimes los criterios expresados por los funcionarios calificadores. Más que formular una solución tajante, vamos a reflexionar todos juntos sobre el tema, a plantear el problema y a tratar de buscar una respuesta al mismo, lo más oportuna y justa posible, a la cual podamos llegar como consecuencia del diálogo que aquí surja.

Antes de seguir adelante quiero reiterar la aguda importancia práctica que en la actualidad presenta el problema expuesto. Para ello basta con recordar, sin demasiado detalle, la frecuencia y la trascendencia social del fenómeno de la venta a plazos de los pisos y apartamentos, e incluso de las parcelas y chalets que forman parte de las urbanizaciones

(1) Inicialmente el problema surgió en consulta planteada ante el Seminario de Derecho Registral que, bajo el patrocinio del Centro de Estudios Hipotecarios, funciona en el Colegio Nacional de Registradores de Madrid, en relación con la proyectada venta de unos famosos solares de la capital.

privadas. Contemplando el desarrollo de este fenómeno en la España actual, su repetición ilimitada, casi llegaríamos a la conclusión de que la forma normal de realizarse el tráfico de bienes, tanto muebles como inmuebles, es a través de las ventas a plazos. Entre el contrato de compraventa tradicional regulado por el Código Civil, en gran medida sujeto a la autonomía de las partes, y los contratos-tipo de venta de pisos a plazos antes de su terminación, median no pequeñas diferencias. Influyen en este fenómeno de las ventas a plazos, que hoy se proyecta igualmente sobre los bienes inmuebles, muy distintas razones de orden económico, psicológico y social (sociedad de consumo; utilización de los bienes antes de su pago total; dificultad del ahorro y de tener disponible el capital necesario; inversión con la renta periódica del trabajo como fuente de los principales ingresos actuales; distribución en serie de los bienes producidos, etc.), en las cuales ahora no vamos a entrar. Baste con reflejar aquí esa indudable realidad social, cada vez más extendida. Los juristas no pueden desconocer las nuevas realidades, ni dejar de esforzarse por encontrar su adecuada ordenación jurídica.

Lo cierto es que toda venta a plazos de cualquier bien suscita un problema jurídico elemental e importante a la vez: el de cómo lograr la garantía de cobro del precio aplazado. Una de las etapas en la búsqueda de esas garantías del aplazamiento desemboca—con mayor o menor acierto, ésa es otra cuestión—en la fórmula de la reserva de dominio. La cual se pretende también que juegue en los bienes inmuebles, cuando son vendidos a plazos. El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles quizá no sea aún muy utilizado en la práctica. Luego veremos por qué. Pero es razonable pensar que, en las circunstancias actuales, cada vez será más frecuente, o podrá serlo al menos.

Sorprende, en verdad, que un tema tan sugestivo esté casi ayuno de estudios doctrinales. Quizá ello sea debido al predominio que este pacto tiene en relación con los bienes muebles. Y porque, en los bienes inmuebles, la garantía del precio aplazado en favor del vendedor solía discurrir por otros cauces.

Volviendo al ejemplo propuesto, recordemos que una de las cuestiones que allí se planteaban era la de la validez de la reserva de dominio, y su posible acceso al Registro de la Propiedad. Generalizando, pues, el contenido de la escritura, hablaremos de la posibilidad del pacto de reserva de dominio en la venta de bienes inmuebles como garantía del precio aplazado, concebido en términos semejantes a los allí expuestos. Recordemos, tan sólo para puntualizar el tema, que lo que aquí se condiciona no es el contrato de compraventa, que nace perfecto, sino uno de sus efectos, cual es la transmisión del dominio de la cosa vendida. El contrato de compra de una finca (causa) no puede quedar

suspensivamente condicionado al hecho de que el comprador pague íntegramente el precio de la compra (efecto). Ello iría en contra de la naturaleza del contrato y de lo que dispone expresamente el artículo 1.256 del Código Civil.

Veamos, pues, qué opinan los autores respecto al pacto en cuestión y cuál es el criterio de la jurisprudencia sobre el mismo.

2. Sin ánimo de recoger, en este recuento apresurado, todas las opiniones doctrinales, recordemos como muestra algunas de las más conocidas. Y para ello podemos clasificarlas—arbitrariamente, sin duda—en tres grupos, según sean contrarias a la validez del pacto referido, o lo admitan con restricciones, o lo admitan sin más.

a) En una conferencia pronunciada hace casi treinta años en el Colegio Notarial de Barcelona, DE CASSO ROMERO estimaba que la venta a plazos, tan frecuente en la vida económica, se daba tanto respecto de los bienes muebles como de los inmuebles. Pero en cuanto a estos últimos, creía que la única forma de garantizar el precio aplazado era la hipoteca. Esta forma de aseguramiento en la compraventa a plazos de inmuebles puede decirse que, a través de la historia, ha quedado como definitiva e inconvencional.

Aludía también a los inconvenientes teóricos (viene a ser la negación esencial del contrato de compraventa al excluir su virtualidad traslativa-dificultad de justificar teóricamente la posición de comprador y vendedor) y prácticos (injusticia de perder todas las cantidades pagadas si se deja de satisfacer algún plazo, o del vencimiento anticipado del resto del precio aplazado, o de perder la cosa más lo ya satisfecho) del pacto de reserva de dominio en general. Y afirmaba que, como consecuencia de todos estos peligros, se habían generalizado los ataques a la venta a plazos, cuando en realidad sólo eran imputables al pacto de reserva de dominio (2).

En resumen, se mostraba contrario al pacto de reserva de dominio como garantía del precio aplazado, por sus inconvenientes prácticos. Y negaba esa posibilidad en los inmuebles, por estimar sólo aplicable a éstos la hipoteca. E incluso defendía entonces la hipoteca mobiliaria mediante la creación de un Registro nuevo y especial.

b) En su conocida obra sobre el tema, CANDIL afirma que la reserva de propiedad tiene aplicación o puede tenerla en nuestro Derecho, *tanto en la venta de muebles como de inmuebles*, pero cree que sería,

(2) IGNACIO DE CASSO: "La compraventa a plazos con reserva de dominio". Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el 17 de marzo de 1941. *Cuestiones de Derecho privado de nuestra posguerra*, Barcelona, 1942, páginas 7 a 26.

sin embargo, muy raro que el que vende un inmueble y concede al comprador crédito para todo o parte del precio, no tenga la precaución de constituir en garantía del pago de aquél un derecho real de hipoteca y prefiera, en cambio, la reserva de propiedad.

Según este autor, el empleo del *pactum*, para garantizar el precio en la compraventa de inmuebles, tuvo su razón de ser en una época en que, por imperfección del sistema hipotecario, los vendedores decidieron buscar otras garantías de más fuerza que las resultantes de un derecho real ilusorio las más de las veces, ante aquellas laberínticas hipotecas ocultas, generales, legales, etc. Pero en los tiempos modernos tales inconvenientes han desaparecido por completo, y con ellos los medios empleados para aminorarlos, ante los cuales la reserva de propiedad tiene en este aspecto un valor meramente relativo (3).

—En 1930, OERTMANN estimaba que la reserva de dominio como medio de garantía para el vendedor representa en cierto sentido un medio tosco y exclusivamente capitalista, que *excede innegablemente del fin perseguido*, o sea el aseguramiento del derecho a la contraprestación. Con un criterio de abstracto idealismo, ocurre fácilmente indicar al vendedor-acreedor, en lugar de ése, otro camino, al parecer más suave, o sea hacerse pignorar inmediatamente la cosa comprada (*pactum hypothecae*), como es sabido que *acostumbra suceder en la venta de inmuebles* para garantizar al vendedor el pago del resto del precio, cosa que ha llegado a convertirse en regla (4).

—Según BORRELL, el pacto de reserva de dominio no suele emplearse en las ventas de bienes inmuebles; porque en ellas puede utilizarse con ventaja la constitución de una hipoteca sobre la finca que se vende; pero se emplea con frecuencia cuando se venden a plazos cosas muebles... Este pacto suscita la cuestión de si produce únicamente acción personal entre el vendedor y el comprador y sus herederos, o si la produce también en cuanto a los terceros que no intervinieron en el contrato. Este efecto contra terceros se produce si el pacto estuviere inscrito en el Registro de la Propiedad y, por tanto, resultare de él la condición suspensiva que implica (5). De donde parece deducirse que este autor admite la posible inscripción registral del pacto cuando se proyecte sobre bienes inmuebles.

—Para centrar el estudio de esta figura dice CASTÁN que, por virtud

(3) FRANCISCO CANDIL CALVO: *Pactum reservati dominii*. Centro de Estudios Históricos. Madrid, 1915, pág. 168.

(4) PAUL OERTMANN: "La reserva de dominio en la compraventa (*Pactum reservati dominii*)", *R. D. P.*, septiembre 1930, pág. 258. (Los subrayados son nuestros.)

(5) ANTONIO M. BORRELL Y SOLER: *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Bosch, Barcelona, 1952, págs. 69 a 70.

de pacto expreso de las partes, puede la entrega o tradición no transmitir la cosa al comprador. Dicho pacto, llamado de reserva de dominio, se celebra en la práctica con la finalidad de garantizar el pago del precio, reservándose el vendedor la propiedad de la cosa vendida hasta el íntegro pago de aquél.

Pues bien, *si en materia de bienes inmuebles la finalidad que persigue está obtenida con ventaja por la garantía hipotecaria*, el pacto de reserva de dominio es, por el contrario, muy frecuente en la actualidad en las ventas de toda clase de cosas muebles..., pues constituye la más enérgica y rápida tutela de los derechos del vendedor.

El Tribunal Supremo ha declarado válido el pacto de reserva de dominio, por no estar prohibido por la ley ni ser contrario a las buenas costumbres... Pero presenta en la práctica graves dificultades, derivadas de las cláusulas abusivas que suele encerrar en beneficio del vendedor y de la dificultad de organizar su eficacia frente a terceros (6).

—Igualmente, PUIG BRUTAU admite en principio el pacto para toda clase de bienes, pero reconoce que tiene mayor importancia en materia de bienes muebles, pues para los inmuebles está la hipoteca. Distingue dentro del mismo las relaciones entre comprador y vendedor, entre vendedor y acreedores del comprador y entre vendedor y subadquirentes del comprador (7).

c) POMPEYO CLARET cree que debe conceptuarse válido el pacto de reserva de dominio entre los contratantes en la compraventa, que la doctrina de su validez es la que ofrece más sólida base jurídica. En cambio, no debe tener eficacia frente a terceros si el tercero lo ignoraba; sólo será eficaz si el tercero lo conocía. De ahí la necesidad de un Registro especial de muebles (8). Pero hace estas consideraciones a favor del pacto en general, sin hablar en concreto de los inmuebles, y refiriéndose más bien a los muebles.

—Basándose en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER admiten la validez del pacto de reserva de dominio, y, por lo que respecta a su aplicación a los bienes inmuebles, afirman que nuestro Derecho Inmobiliario no se opone, como el alemán, a las transmisiones condicionales, teniendo perfecto acceso al Registro

(6) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, 8.ª edición, Madrid, 1956, págs. 88 a 90.

(7) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, Bosch, Barcelona, 1956, págs. 168 a 172.

(8) POMPEYO CLARET: "El contrato de compraventa con reserva de dominio según la legislación y la jurisprudencia española", *R. G. L. J.*, 156, junio 1930, págs. 616 a 620.

las condiciones tanto suspensivas como resolutorias (arts. 16 y 109 L. H. y 74 R. H.) (9).

—El profesor ALBERTO BLANCO se pronuncia a favor del pacto en general, de su validez y eficacia, aun cuando no esté regulado en algunos países, porque doctrinal y jurisprudencialmente está aceptado este fenómeno tan extendido. Estudia su regulación en el plano del Derecho comparado, a través de los principales Códigos y Leyes internacionales que lo recogen, y termina afirmando que, en contra de lo que ocurre en el B. G. B. por lo que a la venta de bienes inmuebles se refiere, «no hay razón alguna para excluirlo en aquellos ordenamientos que no lo contemplan, admitiéndose en la práctica y en la jurisprudencia *tanto para la venta de muebles como para la de inmuebles*, siquiera tenga mucho mayor importancia en la primera» (10).

—Al estudiar el tema de las condiciones ante el Registro de la Propiedad, ya GIMÉNEZ ARNÁU se planteaba si se puede rehuir el establecimiento de la condición resolutoria expresa, realizando la venta con el pacto de reserva de dominio. Según este autor, en terreno de puros principios no cabe duda en nuestro sistema de la admisibilidad de este pacto. Así lo reconoce CANDIL, aunque añade que en la actualidad ca-

(9) BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER: *Notas al Derecho de Obligaciones* de ENNECCERUS-LEHMANN, tomo II, vol. 2 del *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. Bosch, Barcelona, 1935, pág. 105.

(10) Dice así: "Es innecesario exponer cuanto se contrae a la validez y eficacia del pacto, aun dentro de legislaciones que lo ignoran, desde el momento en que las conclusiones de la doctrina, las decisiones de los Tribunales y su consagración concreta en la Ley le han dado carta de naturaleza en casi todos los países del mundo, aceptando y regulando, por una u otra vía, un hecho universal y un fenómeno particularmente moderno de extraordinaria trascendencia.

Desde el Código Civil alemán de 1900, pasando por el civil y el de las obligaciones de Suiza y el mejicano de 1928 hasta los muy recientes del Perú de 1936 y el italiano de 1942, y tomando como punto de orientación algunos proyectos legislativos como el francoitaliano de obligaciones y el relativo al contrato de venta elaborado por el Instituto de Roma para la Unificación del Derecho, igual que algunas leyes especiales, como la alemana de 1894 sobre Venta a plazos, la Uniform Conditional Sales Act de Estados Unidos de 1918 y los Decretos brasileños sobre la materia, encontramos la regulación de ese pacto en términos diversos...

La formulación del BGB sólo comprende la venta de bienes muebles por razones de orden jurídico que en el propio Código de 1900 se contienen: la enajenación de los inmuebles no puede hacerse depender de un término o de una condición, y es a ésta que la venta o la transmisión de la propiedad se halla subordinada cuando el pacto se otorga.

Se trata, sin duda, de un contrato perfecto, en el que la transmisión de la propiedad queda sujeta a una condición suspensiva, consistente en el pago del precio por el comprador" (ALBERTO BLANCO: "Venta con reserva de dominio". Ponencia para la segunda reunión de la Academia de Derecho Comparado e Internacional celebrada en La Habana en febrero de 1947, R. D. P., mayo 1947, páginas 434 a 436).

rece de utilidad, porque es más eficaz la constitución de hipoteca expresa. Mas no debe olvidarse que cuando CANDIL escribió su monografía no existía el problema fiscal que ahora tenemos planteado (11). Si los negocios dispositivos con condición suspensiva son inscribibles, lo será también este pacto.

Frente a esta opinión positiva, de admitir la inscripción de reserva de dominio en los bienes inmuebles en garantía del precio aplazado, se han opuesto las siguientes objeciones: a) Que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria niega efectos respecto a tercero al aplazamiento del pago que no se asegure con condición resolutoria o con hipoteca. b) Como complemento de esta norma legal, el artículo 51 del Reglamento Hipotecario prohíbe que la inscripción exprese «los aplazamientos de precio no asegurados especialmente». c) Queda sobreentendido que este aseguramiento no tiene más fórmulas viables que las dos del artículo 1^o (condición expresa o hipoteca).

En conclusión, se dice: o el título de venta con condición suspensiva de pago del precio no es inscribible; o si se inscribe, no se puede hacer mención del pacto; o si se menciona o expresa, no tiene eficacia con respecto al tercer adquirente.

En contra de esa argumentación, GIMÉNEZ ARNÁU estima que el pacto de reserva de dominio es un *modo especial* de asegurar el precio, aunque no esté enumerado en el artículo 11. Verdad que el artículo 11 niega efectos respecto a terceros a la «expresión del aplazamiento del precio» que no se asegure por esos dos modos. Pero la aplicación literal de este precepto se salva decorosamente y no puede considerarse infringido si se tiene presente que no es que el aplazamiento actúe directamente frente al tercero, sino que se aplaza la adquisición del dominio, que seguirá perteneciendo al transmitente hasta que la condición se cumpla. *Frente a tercero se trata de una transmisión condicional.*

Hay que buscar un camino para evitar que, por vía de interpretación de otro texto, se derogue el principio general del artículo 23, que con absoluta generalidad admite la eficacia hipotecaria de las condiciones suspensivas. Institucionalmente no hay diferencia técnica entre la posición del vendedor con pacto de retro y el comprador con pacto de reserva: su diferente situación procede de que en el primer caso el hecho suspensivo actúa en favor del transmitente y en el segundo actúa en contra del adquirente.

En conclusión, y dado que el efecto de pago del precio puede actuar como condición suspensiva de la transmisión, no encuentra este autor

(11) Luego volveremos sobre este aspecto fiscal del problema, que es el que, a mi juicio, más directamente condiciona la posibilidad y la admisibilidad del pacto que estamos estudiando.

ningún obstáculo legal que impida el acceso al Registro del pacto de reserva de dominio, sin necesidad de satisfacer el Impuesto de Derechos Reales que grava la condición resolutoria de pago del precio aplazado (12).

Hasta aquí la opinión de GIMÉNEZ ARNÁU que, a mi juicio, centra adecuadamente el problema en el terreno registral, apunta a su condicionamiento fiscal en la vida práctica y brinda una posible solución positiva al mismo. Luego volveremos sobre este planteamiento.

—También a favor del pacto de reserva de dominio, con carácter general y sin especial referencia a su proyección sobre los bienes inmuebles, se pronuncia PÉREZ FERNÁNDEZ, quien sigue en su exposición las líneas interpretativas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (13).

—MÁS ALCARAZ piensa que en Derecho español es indudable que la reserva de dominio puede tener aplicación *tanto en la venta de bienes muebles como de inmuebles*. Lo que acontece es que, en la práctica, el pacto de reserva de dominio con respecto a los inmuebles ha sido desterrado y sustituido con ventaja por la garantía hipotecaria. Y más comúnmente, añade este autor, por otra solución menos costosa: la simple venta del inmueble en documento privado, aplazando el otorgamiento de la escritura hasta el pago del último plazo del precio; pudiéramos decir que hay aquí una reserva de dominio «escrituraria y registral» (14).

—GULLÓN BALLESTEROS acepta en principio la validez del pacto de reserva de dominio, si bien con algunas reservas derivadas de los problemas que plantea su aplicación. Mas todo ello con carácter general y sin hacer expresa referencia al juego de este pacto en relación con los bienes inmuebles (15).

(12) ENRIQUE GIMÉNEZ ARNÁU: *Las condiciones en el Registro de la Propiedad*. Curso de Conferencias de 1951 sobre Derecho Inmobiliario Registral. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, págs. 89 a 110.

(13) JOSÉ PÉREZ FERNÁNDEZ: "El pactum reservati dominii y el retracto arrendaticio", *R. D. Pr.*, 1952, núm. 2, págs. 247 a 254.

(14) CELESTINO MÁS ALCARAZ: *La cláusula de "reserva de dominio"*. Estudio de Derecho Privado, dirigidos por ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO. Edit. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1965, tomo II, págs. 94 a 119.

(15) La práctica ha introducido, *sobre todo en las ventas de bienes muebles*, una cláusula en virtud de la cual, pese a que el vendedor entrega la cosa, la propiedad de la misma no se transfiere al comprador hasta que se cumpla un término o se realice un determinado acontecimiento, que normalmente es el pago del precio por el comprador. Así, pues, con esta cláusula el vendedor se asegura el pago del precio en las compraventas con precio aplazado... El pacto ha sido declarado reiteradamente por la jurisprudencia lícito, no contrario a la moral ni a las buenas costumbres. No obstante, la cláusula de reserva de dominio plantea problemas complejos, tanto desde el punto de vista dogmático como práctico: cláusula de que el vendedor se quede con lo pagado en caso de incumplimiento; eficacia frente a los acreedores del comi-

—Siguiendo con una línea de pensamiento que ya nos es conocida, BADENES GASSET opina, igualmente, que en el ordenamiento español no hay razón alguna para excluir de la aplicación del pacto de reserva de dominio a los bienes inmuebles—a diferencia de lo que ocurre en el Código alemán—, siquiera tenga mucho mayor importancia en la de los muebles. Y ampliando este punto de vista permisivo, añade a continuación: «Obsérvese, por otra parte, que los textos legislativos más recientes, ya de manera expresa, ya por no establecer prohibición sobre este punto, o no contener preceptos que lo excluyan, hacen aplicable a los bienes muebles e inmuebles el pacto de reserva de dominio (16) (17).

prador; venta por el comprador... (ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Editorial Tecnos, Madrid, 1968, págs. 25 a 26).

(16) RAMÓN BADENES GASSET: *El contrato de compraventa*, tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, págs. 509 a 510.

(17) Muy recientemente se ha publicado un interesante libro de RODRIGO BERCOVITZ sobre *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles* (Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1971). Por ser muy posterior la publicación de este libro a la fecha en que fue pronunciada la presente conferencia, no pudo ser tenido en cuenta en ella ni forma parte de su texto. Pero no quiero silenciar su aparición, aunque sea a pie de página.

Recoge BERCOVITZ la doctrina alemana y las distintas teorías que en aquel país han tratado de explicar el mecanismo de la cláusula de reserva de dominio, así como la crítica que se ha formulado a las mismas. Y a partir de ahí llega a la conclusión de que dicha cláusula debe equipararse en el Derecho español a un derecho de prenda, al no existir en nuestro ordenamiento los inconvenientes que para esta construcción se daban en Derecho alemán. Derecho de prenda sin desplazamiento de posesión que condiciona en forma resolutoria y no suspensiva la transmisión de propiedad a favor del comprador, y que se convierte en un derecho sobre el precio de la cosa transmitida como garantía de su aplazamiento. Esta tesis es defendible, y su autor lo ha hecho con brillantez y erudición, mas no parece exenta de objeciones. Sin embargo, el estudio de que estamos dando noticia se refiere fundamentalmente a los bienes muebles y a los problemas típicos de la reserva de dominio en relación con esta clase de bienes. Por ello, y por motivos de estricta oportunidad cronológica, no entramos aquí en las razones expuestas en este trabajo. Porque nuestra conferencia, anterior, se refiere directamente al problema de la reserva de dominio en la compraventa de bienes inmuebles. Si alguna utilidad puede ofrecer es la de abordar el tema en el campo inmobiliario, apenas tratado por la doctrina española. Y porque, más modesta y limitadamente, ni siquiera intenta estudiar la institución en toda su problemática, sino de revisar su planteamiento, y reflexionar sobre él, con vistas a resolver un caso efectivamente planteado en la realidad.

Por lo que respecta al tema de los bienes inmuebles, BERCOVITZ estima que las mismas razones alegadas por él a favor de la equiparación de la reserva de dominio con un derecho de prenda son en su mayor parte válidas para equiparar dicha garantía, cuando recae sobre bienes inmuebles, a un derecho de hipoteca. La inutilidad de la reserva de dominio con respecto a los bienes inmuebles aparece desde el momento en que se produjo el perfeccionamiento técnico actual del derecho de hipoteca, y ello justifica la prohibición de esta figura contenida en el párrafo 2.º del párrafo 925 del BGB. ("Una Auflassung que se realice bajo una condición o una determinación de tiempo es ineficaz.") Se acepta así la opinión de CANDIL antes expuesta en la página 5 (vid. págs. 122-3). En defi-

En resumen, la mayor parte de la doctrina española se inclina por admitir la validez del pacto de reserva de dominio, ya sea con carácter general, ya con especial referencia a los bienes muebles. En cuanto a los inmuebles, algunos autores defienden la conveniencia de su sustitución en la práctica por la garantía hipotecaria. Pero esta apreciación no les lleva, en general, a excluir la posibilidad del pacto.

3. El Tribunal Supremo se ha enfrentado repetidas veces con supuestos en que se había pactado la reserva de dominio. Veamos sucintamente la interpretación dada por nuestra jurisprudencia a esta cláusula:

— Según la Sentencia de *16 de febrero de 1894*, es perfectamente lícito y obligatorio el contrato de compraventa de muebles, en cuya virtud el vendedor, cediéndolos al comprador, se reserva su dominio hasta que le pague el precio, porque, según el artículo 1.255 del Código Civil, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente.

Se trataba de un caso de venta de bienes muebles de casa: dos tibores japoneses con tapas de bronce, vitrina, armario, etc. Dichos bienes fueron embargados por un acreedor del comprador. La vendedora demandó ante el Juzgado la declaración de que los bienes eran de su propiedad, y el Juzgado falló a favor de ésta. Contra el embargante la vendedora dedujo tercería de dominio, desestimada en primera instancia y admitida en la Audiencia. El recurso de casación interpuesto por el embargante no prosperó.

— En la Sentencia de *6 de marzo de 1906* se afirma que la condición de que la propiedad de la cosa objeto de una venta no se transmita al comprador hasta que sea satisfecha la totalidad del precio, de suerte que la falta de pago de los plazos convenidos o letras de cambio que los representen concedería derecho al dueño de la cosa para exigir los restantes u optar por el reintegro, pudiendo reivindicarla de cualquier poseedor, no está prohibida por la ley ni es contraria a las buenas costumbres, y constituye sólo una garantía en beneficio del vendedor, que únicamente transfirió el uso y disfrute de la cosa entregada mientras no fuera el precio totalmente satisfecho.

Aquí lo vendido a plazos y con reserva de dominio era un motor de gas sistema Crosley, con diversos accesorios. La sociedad vendedora ejercitó la acción reivindicatoria contra el comprador por falta de pago de diversos plazos. El Juzgado condenó al comprador a restituir los

nitiva, exclusión del P. R. D. en los inmuebles, concebido como transmisión de la propiedad sometida a condición suspensiva, y su equiparación a la hipoteca en garantía del precio aplazado.

efectos reclamados. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

— En el caso resuelto por la Sentencia de *1 de diciembre de 1909* se habían vendido en documento privado varios motores por la sociedad constructora a un particular, con precio aplazado y reservándose la vendedora la propiedad del material suministrado hasta su completo pago. El comprador se dedicaba a la venta pública de maquinaria y había vendido, a su vez, los motores a terceras personas antes de haber pagado todo su precio. La sociedad vendedora embargó los motores para garantizar la reclamación del precio debido. Los compradores interpusieron demanda de tercería de dominio contra la sociedad embargante y el comprador de ésta y vendedor frente a aquéllos. El Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda de tercería a la sociedad y al deudor embargado. Y el Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación y admite la tercería a favor de los últimos compradores. He aquí su justificación doctrinal:

«Que vendidos unos motores eléctricos por la sociedad constructora a otra persona, reservándose aquélla la propiedad de los mismos hasta su completo pago, estando éste aún pendiente, si el comprador en tal situación los enajena respectivamente a varios particulares, no basta el supuesto de que dicha sociedad no haya acreditado por su parte la entrega de los mencionados muebles a su primer comprador para estimar resuelto el derecho de los terceristas, si se infiere de las alegaciones de éstos y resulta de las pruebas que la entrega no fue para el uso y explotación directa de los aparatos, sino para el comercio de los mismos, y consta que aquél se dedicaba a la venta de las máquinas con conocimiento de la casa constructora.

»Que esto sentado, y dada la índole de la propiedad mueble, para cuya transmisión y prescripción existen mayores facilidades que para la de los inmuebles, es manifiesto que el referido supuesto de hecho no puede perjudicar a los terceros que sin conocimiento de él adquirieron de buena fe los citados motores, con relación a los cuales sería contradictorio, y en este aspecto inmoral, que la casa vendedora pretendiese por pacto reservado retener la propiedad de una cosa que vendía para el comercio.

»Que tratándose de bienes muebles presenta la cuestión en su fondo y razón legal un aspecto muy parecido al tercero que respecto de bienes inmuebles adquiere de quien en el Registro aparece como dueño.»

Esta doctrina jurisprudencial parece acertada en cuanto niega eficacia frente a terceros compradores al pacto de reserva de dominio contenido en documento privado, no dotado de publicidad ni conocido por

éstos. No deja de resultar gráfica la comparación que se establece entre el dominio aparente de los muebles derivado de su posesión y la propiedad inmobiliaria inscrita en el Registro, a efectos de la protección de los terceros confiados en la apariencia.

— La Sentencia de *13 de diciembre de 1911* sienta la doctrina de que el documento privado por el que una sociedad se obligó a construir una máquina y aparatos, debiendo satisfacer su importe el comprador en varios plazos, pactándose que éste no adquiriría el dominio hasta que hubiese satisfecho el último plazo, integra un contrato de compraventa, y dado su carácter de consensual quedó perfeccionado por el consentimiento de sus otorgantes en la cosa y el precio, y se consumó igualmente por haberse entregado la cosa y abonado el comprador dos plazos, ya que la entrega de todo o parte del precio afecta a la consumación.

Y sigue diciendo el Tribunal Supremo: «La cláusula que dejaba en suspenso la adquisición del dominio, por no ser natural del aludido contrato, que tiene sus caracteres, condiciones y efectos señalados en la ley, no puede desnaturalizarlo, y hay que convenir en que estableció no una limitación del dominio y sí una especie de prenda o garantía para asegurar el total cobro del precio.»

Se había vendido una máquina trilladora Sempere marca «La Española», integrada por diversos elementos y aparatos. Un acreedor del comprador trabó embargo sobre la máquina y sus accesorios. La sociedad vendedora interpuso tercería de dominio. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia declaró que la máquina era propiedad de la sociedad vendedora. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso y casó la sentencia de segunda instancia.

Se afirma, pues, en esta resolución la no eficacia frente a los acreedores embargantes del pacto de reserva de dominio en documento privado, y se configura el pacto más como una prenda en garantía del precio aplazado que como una auténtica falta de dominio en el comprador por él afectado.

— Según la Sentencia de *30 de noviembre de 1915*, «a virtud de las disposiciones legales preceptivas de que cuando una o más personas convienen en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio, queda realizado un contrato, y de que en él pueden establecerse los pactos, cláusulas y condiciones que los contratantes tengan por conveniente, no siendo contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público, inconcuso aparece que la sociedad tercerista y el ejecutado formalizaron en documento privado un contrato de compraventa, por el cual la primera entregó la maquinaria que en él se detalla, que recibió el segundo, y que quedó obligado a pagar en los plazos a ese efecto establecidos; y es también patente que las estipulaciones por

las que la sociedad vendedora hubo de reservarse el derecho a recuperar la maquinaria, pudiendo ejercitarlo tan pronto como no cumpliese el comprador las condiciones fijadas para el pago, con opción, ya a recoger desde luego la maquinaria, ya a prorrogar los plazos de los pagos, revisten perfecta licitud, no contrarían las leyes y las buenas costumbres y constituyen una previsorá garantía en beneficio del vendedor, que, conforme a esas cláusulas, transfirió únicamente el uso y disfrute de la maquinaria al comprador, mientras éste no pagase el importe total del precio de la venta.

»Que al estimar la Sala sentenciadora, con vista del contrato, de obligatorio cumplimiento para sus otorgantes, que la venta de la maquinaria no se consumó; que por haberse abonado tan sólo parte del precio en los plazos establecidos, y no haberse hecho efectivas las dos letras de cambio libradas como prórrogas concedidas al efecto de completar el pago, quedó expedita la acción y derecho del actor para reivindicar la repetida maquinaria, lejos de incurrir en ninguna de las infracciones legales y de doctrina alegadas en el recurso (arts. del Código Civil 1.091, 1.283 y 1.285, 1.113, 1.114, 1.506, 1.507 y 1.508 en relación con el 1.255 y Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1900), se ajusta con fidelidad a los preceptos del Código Civil y a la jurisprudencia sancionada en distintas sentencias del Tribunal Supremo, que invoca y aplica como pertinentes al caso, apreciando acertadamente que la cláusula a que se refiere el contrato establece una condición al consignar que mientras no fuere totalmente pagado el precio, tendría derecho el vendedor a recuperar la cosa vendida.»

Aquí lo vendido era una máquina trilladora «Marsal» con locomóvil y accesorios para su funcionamiento. Embargada por un acreedor del comprador, la sociedad vendedora interpuso demanda de tercería de dominio. El Juzgado y la Audiencia dieron lugar a la tercería. El Tribunal Supremo no admite el recurso.

— En favor de la completa admisión del pacto de reserva de dominio se pronuncia la Sentencia de *10 de enero de 1929*. Se había vendido una caja registradora marca «National». También fue embargada por un acreedor y ejercitada tercería de dominio por la sociedad vendedora. El Juzgado y la Audiencia declararon improcedente la tercería. El Tribunal Supremo da lugar al recurso y casa la sentencia de apelación. Veamos su argumentación: «Que la reserva de dominio de la cosa vendida ínterin no se pague la totalidad del precio convenido, tan usual hoy en el comercio, y del que constituye una poderosa palanca, no puede decirse que en tesis general sea un pacto prohibido por el Derecho, en atención a que la libertad de contratación de antiguo reconocida, y concretada en la conocida fórmula de que el hombre queda obligado de

cualquier manera que lo hubiese querido, no reconoce más valladar que la triple salvedad del artículo 1.255 del Código Civil.

»Que el pacto de reserva dominical no está comprendido en la prohibición del artículo 1.255 del Código Civil.

»Que el pacto de que el comprador conserve la cosa vendida como un mero tenedor, con obligación de conservarla como prenda y garantía, es lícito en Derecho, y ha sido sancionado en algún Código extranjero, e implícitamente autorizado en nuestra legislación, según se deduce del número 20 del artículo 725 del Código Penal.

»Que infringe el artículo 609 del Código Civil la sentencia que admite que la cosa se adquirió mediante la tradición por su entrega, a pesar del pacto de reserva de dominio contenido en el contrato.»

— Muy pocos días después, el *14 de enero de 1929*, el Tribunal Supremo defiende la misma doctrina en un caso de venta de un automóvil «Studebaker», igualmente enbargado y sometido a tercería de dominio. Dice así el Tribunal Supremo: «Que es doctrina de la jurisprudencia, sobre todo, desde 30 de noviembre de 1915, que los pactos de reserva de dominio en la compraventa son lícitos y no contrarios a las leyes y buenas costumbres, constituyendo una previsora garantía en beneficio del vendedor, que sólo transfiere el uso y disfrute de la cosa mientras no se pague el precio de la venta.

»Que es igualmente jurisprudencia, que las ventas aludidas se perfeccionan, pero no se consuman, hasta que se cumplen las condiciones estipuladas.

»Que, ajustándose a esta doctrina, no se infringieron los artículos 1.450 y 1.462 del Código Civil.»

— También en el año 1929 se planteó un nuevo caso de reserva de dominio. Lo vendido aquí a plazos, en documento privado y con reserva de dominio, era una instalación frigorífica integrada por máquinas y accesorios. Tras el embargo de los mismos, la tercería de dominio. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la tercería. Pero el Tribunal Supremo, en Sentencia de *6 de febrero de 1929*, da lugar al recurso y casa la sentencia de segunda instancia, afirmando que, «según reiterada jurisprudencia, a partir del 30 de noviembre de 1915, los pactos celebrados entre vendedor y comprador con reserva del derecho de dominio, tanto por no ser contrarios a la ley, a la moral y a las buenas costumbres, cuanto porque, antes bien, responden a necesidades que las prácticas del comercio satisfacen, son tan lícitos como los demás contratos.

»Que en este caso se perfecciona la venta con el pacto, pero no se consuma hasta haberse cumplido todas las condiciones estipuladas por los contratantes, sin lo cual no se transmite el dominio del vendedor al comprador.»

No parece muy convincente la solución que propugna aquí el Tribunal Supremo de admitir la eficacia frente a terceros de la reserva de dominio no inscrita, cuando aquéllos no la conocían ni podían conocerla (buena fe). Cuestión distinta sería la de estimar necesario un Registro de Muebles para dotar de la adecuada publicidad a tan grave limitación dominical en perjuicio de los terceros (publicidad como medio de oponibilidad). Ese Registro hoy existe, pero no en 1929. Lo cierto es que la admisión incondicionada de la reserva de dominio sin publicidad e incluso frente a terceros, no parece encontrar justificación suficiente.

— En la Sentencia de *20 de marzo de 1930* se reitera este criterio favorable y permisivo al pacto en cuestión, cuando se establece que, «según la jurisprudencia, el pacto de reserva de dominio por el cual no se enajena la cosa hasta el pago total de su precio por quien la adquiere, no sólo es perfectamente lícito y moral, sino que, en relación al modo de desarrollarse la vida mercantil y en orden al progreso del Derecho, en armonía con la generalidad de los Códigos, es una realidad jurídica que se impone y debe traducirse en los fallos de los Tribunales, y, por tanto, de indiscutible eficacia, puesto que de cualquier manera que el hombre quiera obligarse queda obligado, siempre que lo convenido no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público, y al desconocerse esta doctrina se violan los artículos 1.255, 609, 348 y 1.091 del Código Civil.»

Aquí lo vendido a plazos y con reserva de dominio eran varias máquinas tipográficas. Tras el embargo, la tercería de dominio. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la tercería. El Tribunal Supremo da lugar al recurso y casa la sentencia de segunda instancia.

— La más moderna Sentencia, y quizá la más importante de todas las citadas desde el punto de vista doctrinal, de *10 de junio de 1958*, contempla el siguiente caso: Mediante documento privado, una señora se compromete a hacer una instalación de baja tensión y alumbrado en los pinares de la finca «Calahonda», término municipal de Mijas, en relación con un club turístico y con destino a una colonia de veraneantes. El pago de los elementos materiales y trabajos contratados se había de realizar en diversos plazos, y se pactó expresamente que dicha instalación no pasaría a ser propiedad del club hasta el pago total de las cantidades adeudadas. Antes de dicho pago, el arrendador de la finca y acreedor del club por la renta debida, embargó diversos elementos allí existentes: grupo motobomba, pantallas proyectoras de luz, faroles, rollos de alambre y cable, etc., todos ellos sujetos a la reserva de dominio estipulada. Interpuesta la tercería de dominio, el Juzgado y la Audiencia la estimaron y ordenaron la cancelación del embargo. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación y confirma así la resolución de instancia.

Veamos la argumentación de la sentencia y la construcción doctrinal de la figura que aquí se hace: «Que el *pactum reservati dominii* por el cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta un determinado término, o al verificarse un evento, las más de las veces el pago íntegro del precio que viene pagado a plazos, es generalmente admitido como válido, si bien continúa discutiéndose en la doctrina sobre su naturaleza jurídica, no existiendo una condición que afecte a todo el contrato, pues la venta como relación obligatoria es perfecta y todo se reduce a que el traspaso de propiedad es diferido *ipso jure*, sin necesidad de ulterior consentimiento, a un término determinado o a la realización de un acontecimiento también determinado, permaneciendo, por consiguiente, el vendedor hasta que llega ese momento como propietario de la cosa, con la sola limitación de conceder mientras tanto el uso y el goce al comprador, y con la obligación personal de no transferir a otros la propiedad, por lo cual el comprador es un verdadero precarista que no puede prescribir la cosa y si dispone de ella responde de apropiación indebida, habiendo declarado el Tribunal Supremo en varias sentencias que, falto de una regulación positiva en nuestra patria, es válido el pacto de reserva de dominio y no constituye condición suspensiva de la perfección de la compraventa, por cuanto de él no depende el nacimiento de las obligaciones propias de la compraventa, obligación de entregar la cosa y obligación de pagar el precio, sino que afecta a la consumación del discutido contrato y consiste en una estipulación expresa de las partes por virtud de la que el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del precio, viniendo a constituir simplemente una garantía del pago, pero sin que por ello se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquélla por el libre consentimiento, del derecho a exigir recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma.

»Que si bien los requisitos esenciales de los contratos son invariables, los naturales pueden modificarse por convenio de las partes, quienes también, respecto de los accidentales, están facultadas para establecer las condiciones que tengan por conveniente, siempre que no se opongan a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres u orden público mediante la libertad sancionada en el artículo 1.255 del Código Civil, que, respetando antiguas doctrinas legales y el principio de Derecho *pacta sunt servanda*, no quiso poner trabas al sistema espiritualista.

»Que si bien anteriores sentencias del Tribunal Supremo, debido a las especialidades de los casos contemplados, no concedieron efecto al pacto de reserva de dominio, respecto de quienes no intervinieron en

el contrato, no es menos cierto que la propia jurisprudencia ha rectificado su posición inicial, reconociendo efectos al referido pacto en juicios de tercería de dominio.»

Al margen de otras consideraciones críticas que se pudieran formular a las opiniones así consagradas y que no interesa señalar aquí, lo que parece menos convincente es la tesis de la eficacia frente a terceros de buena fe del pacto de reserva de dominio en documento privado. Tan importante limitación de la titularidad dominical, contradictoria de la apariencia posesoria, que, además, en este caso parece vinculada por accesoriedad o unión a la posesión de la finca, exige un adecuado régimen de publicidad. Para evitar inseguridades en el tráfico. Una publicidad sólo puede desvirtuarse con otra. Ni siquiera basta con afirmar que la eficacia del contrato privado frente a los terceros arranca de la fecha de su incorporación a una oficina pública (liquidación del Impuesto, por ejemplo). Porque una cosa es la oponibilidad de la fecha (problema de su fijación inalterable) y otra la del contenido del contrato (problema de publicidad de la relación jurídica). El Tribunal Supremo no abandona aquí el camino ya iniciado en anteriores resoluciones sin especial fundamento suficiente.

A través de esta línea de evolución jurisprudencial descubrimos el criterio, reiterado y uniforme, de admitir la validez del pacto de reserva de dominio, con base en la autonomía de la voluntad y en la libertad de contratación. E incluso en las sentencias más modernas se formula (a veces) la opinión de que el pacto de reserva de dominio, contenido en un documento privado de venta y no inscrito en un Registro público, puede servir de base a una tercería de dominio frente al acreedor embargante, lo cual no deja de ser sorprendente. Pero los casos contemplados por las sentencias expresadas, y en las que se vierten estas afirmaciones, se refieren todos ellos a ventas de bienes muebles (18). Con lo cual la interpretación jurisprudencial no es directamente aplicable al supuesto que estamos considerando.

4. Frente al problema planteado en los términos antes expresados, ¿qué opinión se debe adoptar? Creo que habría que distinguir aquí dos cuestiones diferentes que conviene examinar por separado: A) El problema de la validez y eficacia civil o sustantiva del pacto. Cuestión de fondo. B) Supuesta la solución positiva del primero, el problema de si la venta así formalizada es inscribible. Cuestión formal.

A) Según el artículo 1.466 del Código Civil, el vendedor no estará

(18) No hemos encontrado ninguna sentencia en la que se discuta la validez de un pacto de reserva de dominio en la venta de un inmueble. Lo cual puede también resultar sintomático de su vigencia social hasta ahora.

obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.

A partir de lo dispuesto en este artículo, parece razonable—o puede llegar a serlo—que no se transmita el dominio al comprador hasta que éste no satisfaga íntegramente el precio. Claro que el señalamiento de un plazo para el pago, lo que ocurre siempre y por definición en las ventas a plazo, puede llegar a excluir el juego de aquella norma, si se interpreta la disyuntiva final como alternativa; es decir, que no será exigible la obligación de entregar mientras no se haya pagado el precio ni se haya aplazado su pago (19). Ciertamente que el dominio de la cosa vendida se transmite o no, en un solo acto, mientras el pago del precio se fracciona en varios actos o plazos sucesivos; y no es igual, desde el punto de vista de equivalencia de las prestaciones, no ser dueño mientras falta por pagar gran parte del precio, que seguir siendo dueño cuando la otra parte ha pagado ya casi todo el precio y le falta por abonar sólo el último plazo. Criterio cuantitativo que desvirtúa la igualdad en la situación de las partes.

De todas formas, por el juego correlativo de las obligaciones recíprocas, por el sinalagma funcional que preside esta contradicción de intereses, quizá se pueda sostener la posibilidad de esa transmisión de dominio aplazada y condicional. Posibilidad de que el cumplimiento de la obligación de transmisión del dominio (supuesto que esta última es consecuencia de la compraventa, aunque no todos los autores estén de acuerdo en ello) esté sujeta a condición suspensiva. Y consiguiente efecto de adquisición de dominio condicionada suspensivamente.

Hablando en términos generales y con carácter abstracto, esta última figura no parece excluida de nuestro Derecho. A favor de ella estarían los artículos 1.120 del Código Civil y 23 de la Ley Hipotecaria, así como las Resoluciones de la D. G. R. N. de 20 de febrero de 1875, 30 de abril de 1878 y 25 de agosto de 1879. Y, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1959, que recoge literalmente la doctrina española más autorizada sobre este punto, «la situación de pendencia es una situación de protección jurídica interina a favor de un sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo, *puediendo encontrarse en ellas los distintos derechos subjetivos reales o de obligación* (20).

(19) Equivale a decir que el precio o está aplazado (plazo: *fecha certus an certus quando*), o si no hay aplazamiento debe estar pagado. La interpretación contraria, que no parece aceptable, haría aplicable la sanción de este artículo cuando el precio, aunque aplazado, no se haya pagado.

(20) Cfr. FEDERICO DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, 2.^a edición. Parte General. Tomo I. Libro Preliminar: *Introducción al Derecho Civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1949, pág. 612.

Pero el problema no está en admitir la posibilidad de un derecho de dominio inmobiliario sujeto a condición suspensiva, o resolutoria en su caso, que tanto da. Sino en descubrir si esta figura puede servir desde el punto de vista legal para garantizar el precio aplazado en la compra-venta de inmuebles. Con la particularidad de que esa garantía, cuando recae sobre bienes inmuebles, no está expresamente recogida en nuestras leyes ni ha sido sancionada por nuestra jurisprudencia. Laguna legal que exige un especial esfuerzo interpretativo.

En principio, y según el artículo 1.255 del Código Civil, el ejercicio de la autonomía negocial tiene por límites las leyes, la moral y el orden público. Si el pacto que estudiamos no es contrario a la ley, que no llega a regularlo, ni parece que al orden público, sólo cabría su oposición a la moral para ser excluido. Y aunque este juicio no resulte demasiado sencillo, si no se estima el pacto inmoral, por la desorbitada posición del vendedor reservista frente al comprador no dueño, que sobrepasa quizá la garantía pretendida, sino aceptable según la moral social, habría que concluir entonces la admisibilidad del pacto, por estar dentro del ámbito normativo de la autonomía de la voluntad. Tal ha sido el argumento favorable esgrimido por la jurisprudencia y por la mayoría de nuestra doctrina.

Sin embargo, creo que la validez del pacto que nos ocupa debe ser estudiada, como la de cualquier otro pacto negocial, en relación con su causa. Partimos de que el sistema jurídico español es esencialmente causalista, que la causa suficiente es un requisito imprescindible para la validez de los contratos y es el instrumento a través del cual el ordenamiento puede valorar la eficacia jurídica del propósito negocial querido por los particulares, para admitirlo en unos casos y excluirlo en otros (21).

De los tres tipos de causas que pueden jugar en cada negocio —a) causa genérica: negocios onerosos, remuneratorios y gratuitos (confróntese art. 1.274); b) causa específica: la propia de cada tipo negocial, causa típica, o la que corresponde al mismo, si es un negocio atípico; c) causa concreta: la relevante en este concreto negocio, en la cual juegan los motivos incorporados a la causa (22)—, vamos a ocuparnos ahora de la segunda clase, es decir, de la causa específica. En relación con el pacto de reserva de dominio, no nos interesa demasiado descubrir su naturaleza onerosa o gratuita, aunque normalmente será

(21) Vid. artículos 1.261 y 1.274 del Código Civil. Cfr. FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, vol. X. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, págs. 163 y sigs., especialmente págs. 185-192.

(22) F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, págs. 188-9 y 199-200.

onerosa. Ni siquiera los motivos concretos que indujeron a las partes a suscribir el pacto, salvo cuando a través de esa motivación podamos descubrir la búsqueda de una finalidad inmoral, socialmente repudiable, que deba ser rechazada. En cambio, sí nos importa alumbrar la finalidad específica perseguida por el pacto en cuestión.

¿Cuál es la finalidad social, el propósito negocial buscado por las partes con el pacto de reserva de dominio? Evidentemente se trata de una finalidad de garantía. ¿Qué significa esto? Que el que vende a plazos un piso quiere garantizarse contra el riesgo de que el comprador, cuyas circunstancias personales normalmente desconoce o no necesita averiguar, no llegue a pagar la totalidad del precio aplazado. Y para ello nada mejor que afectar en garantía la propia cosa vendida. La garantía juega aquí, y en todo caso, recordémoslo, como un reforzamiento de la situación del acreedor garantizado frente al acreedor común ante el posible incumplimiento o insolvencia del deudor. Si el deudor incumple o no paga, el acreedor tendrá que dirigirse contra su patrimonio (responsabilidad patrimonial universal). Si está garantizado, no necesitará entonces esa búsqueda incierta, en cuanto a la cuantía del patrimonio, e indiferenciada, sino que podrá poner en marcha el privilegio de la garantía, para un cobro más rápido o más seguro.

En este caso, el vendedor se reserva el dominio del piso vendido hasta que el comprador pague el precio total. Medida de garantía que actúa presionando al comprador para el pago. Porque mientras tanto no llegará a ser dueño del piso comprado y ya parcialmente pagado; y a favor del vendedor que retiene el dominio durante el aplazamiento.

Quiero recordar aquí que todas estas figuras o pactos de garantía tienen una causa justificadora común, que podríamos calificar de causa de garantía. Al margen de su dependencia respecto del crédito garantizado, toda garantía pretende ese aseguramiento de la posesión del acreedor y es aceptable en la medida en que se orienta rectamente a esa finalidad. El ordenamiento las reconoce siempre que sirvan a ese fin lícitamente, y sin sobrepasarlo abusivamente. Más que el carácter gratuito u oneroso del acto, que también juega, pero a otros niveles, importa destacar esa unidad funcional de las cláusulas de garantía, y el tratamiento unitario que su causa jurídica, así considerada, merece.

Estamos en presencia de un pacto, el de reserva de dominio, cuya caracterización y justificación se encontrarían en esa apuntada causa de garantía. Pues bien, desde este punto de vista, el pacto que nos ocupa parece excesivo e inadecuado. La garantía del vendedor respecto al precio aplazado no justifica que conserve el dominio de la cosa vendida. No es preciso esta retención dominical para conseguir aquella finalidad, y por eso resulta abusiva. El vendedor puede quedar suficientemente

garantizado con hipoteca del inmueble vendido, como derecho de realización de valor para cobrarse con el precio de la cosa la parte no pagada; o, si acaso, sometiendo la venta a condición resolutoria expresa, lo que no privaría al comprador de su dominio actual, haciéndolo sólo resoluble por falta de pago. El pacto de reserva de dominio supone una desproporción manifiesta y abusiva en favor del vendedor, entre el fin jurídico perseguido (garantía del pago del precio aplazado) y el medio técnico empleado (reserva del dominio por el vendedor). Criterio exorbitante en perjuicio del comprador, deudor de parte del precio, que hace al pacto socialmente rechazable, y justifica su calificación de ilícito por abusivo.

Hasta aquí el planteamiento teórico del problema, que aconsejaría una respuesta negativa respecto a la validez del pacto así formulado. Pero la realidad de hecho es más compleja y sus condicionamientos no deben ser olvidados. Veámoslo: En la práctica ocurre que la garantía hipotecaria, tan perfilada en el plano jurídico, muchas veces no llega a utilizarse. A pesar de su utilidad práctica para el cobro del precio garantizado, la hipoteca no llega a formalizarse, porque cuesta demasiado dinero, a causa del Impuesto que grava esta garantía. Me refiero, como es evidente, al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, y que grava la constitución de hipoteca inmobiliaria—y la cancelación, en su día—al tipo de 1,90 por 100 sobre una base integrada por el capital del precio aplazado que se garantiza, más los intereses más las costas (*vid.* arts. 54-4.º, 58-1.º y 70-12 del Decreto 1.018/1967, de 6 de abril), si bien esta base se reduce en un 25 por 100 cuando se trata de garantizar el precio aplazado en la venta (art. 66-E-1); impuesto que legalmente está a cargo del vendedor garantizado (art. 67-c). Cuando el valor en venta de los solares o de los pisos transmitidos es elevado, y ello no es imposible que ocurra en la realidad, la garantía del precio aplazado resulta demasiado cara. Es lo que ocurría en el caso práctico que dio origen a la consulta planteada, alrededor de la cual nacieron estas reflexiones. Se vendían unos solares situados en una zona de gran importancia comercial en Madrid, y el importe de la liquidación por la hipoteca que pudiera garantizar el precio aplazado ascendía a varios millones de pesetas. Lo mismo cabe decir de la garantía obtenida a través de la condición resolutoria expresa, por ser igual su trato fiscal al de la hipoteca (art. 56-1).

La formalización expresa de estas garantías plantea otro problema práctico nada pequeño, también de orden fiscal. Y es que hay que declarar oficialmente la totalidad del precio aplazado que se garantiza. Normalmente en estas ventas es muy superior el precio que se aplaza al inicialmente entregado. Como, además, en la escritura de venta habrá

que otorgar carta de pago de este último, resultará entonces la necesidad de declarar todo el precio real, sobre el cual girará la cuota impositiva. Y aunque sólo se declarase el precio aplazado, dando por inexistente el ya percibido, aun entonces el valor real declarado, sobre el cual tendrá que liquidarse el impuesto correspondiente a la compra al 7,40 por 100, excederá muchas veces del comprobado por la Administración.

Para evitar todos estos inconvenientes, en la práctica los vendedores suelen acudir a otro procedimiento, más cómodo y barato, pero evidentemente menos justo: se venden los pisos en documento privado, muchas veces antes de estar terminados, sobre diseño de plano, que luego podrá resultar exacto o no; se hace constar el precio real, el aplazamiento y la forma de pago incorporando los plazos a letras de cambio, para obtener la superposición de garantía del crédito cambiario; se pacta expresamente que no se otorgará la escritura pública de venta mientras no se haya pagado íntegramente el precio. El documento privado, naturalmente, no se liquida, y muchas veces en su redacción unilateral por parte de los vendedores o de las sociedades inmobiliarias se hacen constar cláusulas abusivas que el comprador ha de firmar si quiere llegar a ocupar el piso. Todos hemos visto muchas veces estos documentos privados o contratos tipos de venta, notoriamente unilaterales en favor de los vendedores y abusivos para el comprador.

Con todo ello, una cosa resulta clara, y es que sale perdiendo el comprador. El contrato de venta que así se otorga privadamente resulta muchas veces un contrato de adhesión. El comprador, que necesita el piso para su vivienda o la de su familia, y carece del capital suficiente para comprarlo al contado, obtiene la posibilidad de su pago a plazos; mas para ello ha de firmar, necesariamente y sin variación posible, el contenido que le viene impuesto por la otra parte, que se aprovecha de la necesidad de viviendas y de su disponibilidad. Por eso el vendedor está más protegido. Mientras que el comprador se encuentra sin garantía ninguna y ha de confiar en que la otra parte—normalmente solvente, pero no siempre (recuérdense los escándalos económicos producidos por la actuación de algunas inmobiliarias)—cumplirá sus obligaciones. Ni tiene título público a su favor, ni puede inscribir a su nombre, ni su adquisición producirá efectos frente a terceros, ni puede evitar que el piso comprado siga figurando oficialmente a nombre de la sociedad vendedora, ni que ésta llegue a vender a otra persona si actúa incumpliendo maliciosamente sus obligaciones. La situación, aunque injusta, no deja de ser lamentablemente cierta. Y, desde el punto de vista de la garantía del precio aplazado, la posición del vendedor es mucho más privilegiada y exorbitante.

Por eso, teniendo en cuenta los perfiles prácticos de la cuestión, su condicionamiento económico y el desequilibrio de los intereses en 'juego' (23), me atrevo a pensar que una posible solución a esta situación tan poco deseable sería quizá volver al pacto de reserva de dominio en la venta de inmuebles. Ciertamente que su estructura nos parecía exagerada, contemplada desde su finalidad de garantía. Pero, en cambio, tendría como ventajas, de una parte, que así el comprador podría formalizar públicamente su situación desde el principio, antes de pagar todo el precio aplazado, inscribir su dominio condicional en el Registro, obtener su protección *erga omnes* e incluso enajenar válidamente su situación no firme; de otra parte, que la condición suspensiva a que queda sujeta la transmisión del dominio no es en principio acto liquidable por el Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales, con lo cual desaparecerían los inconvenientes prácticos que en orden a la liquidación presentan la hipoteca y la condición resolutoria (24). Sino que, por el contrario, la condición demoraría la liquidación de la compraventa hasta el cumplimiento de aquélla (art. 7.º-2 y 9 del Decreto 1018/67).

No se puede ahora afirmar lo que decía CANDIL y luego han repetido la mayoría de los autores, de que la reserva de dominio no tiene ya razón de ser existiendo la hipoteca, más perfecta como garantía. Precisamente ocurre lo contrario. No sólo no resulta inútil frente a la hipoteca, sino que su distinto tratamiento fiscal hace muchas veces inaplicable una fórmula y admisible la otra.

En plano de igualdad la hipoteca excluye la reserva de dominio. Pero a ese plano no hemos llegado todavía. Y quizá en esa desigualdad de coste, en la medida en que así sea y en que se puedan salvar sus otros inconvenientes, encuentre la reserva de dominio su justificación más adecuada. Para proteger al comprador en este terreno, donde los contratos de venta son muchas veces contratos de adhesión impuestos

(23) Me estoy refiriendo, naturalmente, a los supuestos en que todas estas circunstancias se dan. Cuando la garantía del precio aplazado discurre por sus cauces normales y las partes se encuentran en un plano de igualdad contractual, entonces no hay mayor problema. Las dificultades surgen cuando el vendedor impone sus condiciones al comprador, el cual no es económicamente libre de aceptar, y queda desprotegido frente a la privilegiada situación. Y creo que todo este cuadro no es tan infrecuente como debiera serlo.

(24) Esto mientras en una futura reforma de la legislación del Impuesto no se establezca la equiparación entre la condición suspensiva y la condición resolutoria. Porque en tal caso las mismas razones que excluyen una fórmula impedirían la otra. Mas quizá esta equiparación sea más difícil por no haber entonces transmisión actual sujeta (sino futura y condicional), respecto de la cual la condición suspensiva actuara como garantía. En la técnica del Impuesto, la condición suspensiva actúa normalmente demorando la liquidación correspondiente hasta su efectivo cumplimiento. Pero, claro, éste es un problema futuro y de prudencia política en manos del legislador fiscal.

unilateralmente. Si los compradores llegan a la conclusión de que pueden quedar suficientemente protegidos con una reserva de dominio a su favor, garantía menos costosa por no pagar impuesto, y el pacto se articula equitativamente, sin cláusulas excesivas, podría entonces lograrse una mayor protección de los compradores, quienes tendrían así una situación inatacable y formalizada públicamente.

Si todas estas consideraciones se tienen en cuenta, y se ponderan debidamente los intereses concurrentes, quizá se pueda estimar que el pacto de reserva de dominio tiene una causa lícita, por cumplir en buena medida la finalidad de garantía que pretende con preferencia a otras fórmulas de garantía. Y porque supone un buen instrumento para la defensa del comprador a plazos frente a la situación tantas veces privilegiada del vendedor. Al menos, dentro de nuestra actual legislación positiva.

Por lo demás, también se puede encontrar algún argumento actual a favor de este pacto. Una de las garantías que se contienen en la reciente Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos (Ley 50/1965, de 17 de julio) es precisamente la reserva de dominio (*vid.* art. 23). ¿Cabe deducir de ahí un criterio legal favorable a la admisión de este pacto con carácter general para toda clase de bienes, muebles e inmuebles? Quizá no, por las diferencias que separan las garantías reconocidas sobre ambas clases de bienes. Y porque las así llamadas reservas de dominio sólo lo son legalmente en un sentido impropio, ya que se traducen en un mero derecho de realización de valor (cfr. art. 19 en relación con los arts. 1.922-2 y 1.926-1 del C. C.).

Una figura en cierto modo semejante a la que ahora nos ocupa parece ser la regulada en los artículos 132 a 135 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto 2.114/1968, de 24 de julio: es el llamado contrato de acceso diferido a la propiedad de las viviendas en cuestión. Por virtud de estos contratos, legalmente tipificados en el Reglamento, el cedente (vendedor) transfiere al cesionario (comprador) la mera posesión de la vivienda, conservando aquél su dominio mientras no estén pagadas todas las cantidades que viene obligado a satisfacer el comprador, las cuales se regulan expresamente en el artículo 132 del Reglamento, y entre ellas, la diferencia entre el presupuesto protegible de la vivienda menos la subvención y anticipo concedidos. El 80 por 100 de la cifra así resultante habrá de aplazarse en diez años. Una vez terminado el plazo y pagadas las cantidades que se adeudan, o entregadas éstas de una vez por renuncia del cesionario a este régimen especial, se procede al otorgamiento de la escritura de venta y a la transmisión del dominio de la vivienda.

No resulta clara la naturaleza del contrato así regulado (25) ni la situación del cesionario poseedor antes de haberse formalizado la transmisión de propiedad a su favor, que quizá sea excesivamente precaria por falta de una adecuada titularidad real sobre la vivienda hasta que las cantidades se paguen y la propiedad se transmita. Quizá por ello, para lograr una mayor protección del adquirente antes de la transmisión de propiedad a su favor, cuando es sólo poseedor *ad proprietatem* o propietario *in fieri*, DE LOS MOZOS se muestra partidario de que estos contratos de cesión en acceso diferido a la propiedad de la vivienda puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad si reúnen las condiciones generales que exigen los artículos 9-2 y 51-6 del Reglamento Hipotecario, produciendo entonces la inscripción como efecto la prioridad del cesionario respecto de otros actos de disposición que lleve a cabo el cedente (26). Tesis que me parece perfectamente defendible, sobre todo si se piensa que la transmisión futura de propiedad a favor del cesionario se conviene ya en el primitivo contrato de cesión, si bien la formalización de la venta y la transmisión del dominio no se lleve a efecto hasta un momento ulterior, y quede condicionado ese efecto traslativo al completo pago del precio aplazado.

A pesar de la imprecisa estructura y contenido del contrato así perfilado en el Reglamento, su mecanismo nos recuerda bastante el esquema tradicional de la venta a plazos con reserva de dominio a favor del vendedor como garantía del total pago del precio aplazado (27). El cesionario es comprador y puede llegar a convertirse en propietario si paga la totalidad del precio aplazado y las demás cantidades que legalmente le corresponden. Mientras tanto, el cedente sigue siendo propietario. Aunque aquí la transmisión dominical implique la necesidad de un acto bilateral posterior: el otorgamiento de la escritura de venta. La prestación del consentimiento por el vendedor para esta transmisión ulterior más parece un acto debido, en cumplimiento del primitivo contrato, que un nuevo acuerdo libremente convenido en ejercicio de la autonomía negocial. Sea cualquiera la naturaleza jurídica de ese previo contrato de cesión con acceso diferido a la propiedad (precontrato de venta, etc.), lo cierto es que su consagración reglamentaria para este específico tipo de viviendas nos hace pensar en la admisión legal de este

(25) Para DE LOS MOZOS se trata de un contrato de naturaleza *sui generis*, mixto, de tipo complejo ("Acceso diferido a la propiedad de la vivienda", *R. Cr. D. I.*, julio-agosto 1969, pág. 982).

(26) *Loc. cit.*, pág. 976.

(27) En contra de esta equiparación DE LOS MOZOS, para quien esta figura contractual se distancia notablemente de la compraventa con precio aplazado (*loc. cit.*, pág. 977).

tipo de venta a plazos con reserva de dominio, cuya posibilidad con carácter general ahora estamos planteándonos.

Todavía podría plantearse el problema de la presunta licitud del pacto complementario del de reserva de dominio, por virtud del cual se establece como cláusula penal que el vendedor se quede con todo lo cobrado y con el dominio del piso, para el caso de que el comprador no pague cualquier plazo. Pacto notoriamente inmoral, abusivo e inadmisibles, que no figura en el ejemplo propuesto al principio. Cuando se estipule un pacto de esta clase, o semejante, ¿hará falta en todo caso la intervención judicial para declarar su ilicitud? Resulta necesaria la regulación de este extremo con criterios cuantitativos objetivos, de modo que sea aplicable a la reserva de dominio en los inmuebles, en la medida en que esta garantía se estime válida. Y más todavía: ¿Puede el Registrador, en trámite de calificación, denegar la inscripción de un pacto de esta clase incluido dentro de una reserva de dominio? ¿Cuándo?

B) Si admitimos la validez del pacto de reserva de dominio en la venta de inmuebles como garantía del precio aplazado, su inscribibilidad no resulta difícil de mantener. Siempre que se cumplan determinadas condiciones: la determinación precisa de los extremos del pacto (principio de especialidad), la necesidad de retención moderada y no abusiva de las cantidades ya pagadas (principio de equivalencia de las prestaciones), etc. .

A favor de la inscripción del pacto está la norma general del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, que permite la inscripción de los actos y contratos sujetos a condiciones suspensivas o resolutorias, actos condicionales de todo tipo. Y aunque aquí la condición no afecta al contrato de compraventa, sino a uno de sus efectos, la transmisión de dominio, como hemos dicho antes, sin embargo, el condicionamiento suspensivo de la tradición está en el contrato como una de sus cláusulas, deriva del contrato mismo como título determinante de la adquisición de dominio condicionada, y parece claramente incluido en la norma permisiva del artículo 23. Así lo entiende la doctrina actual (28) y así lo interpretaba la doctrina existente al publicarse la primitiva Ley Hipotecaria de 1861. Decía GÓMEZ DE LA SERNA: «Los contratos traslativos de dominio bajo una *condición suspensiva* están sujetos a inscripción.»

«No es necesario que la venta o la enajenación sea pura para que quede sujeta a la inscripción, porque también se inscriben los actos y contratos que están pendientes de condiciones suspensivas.»

(28) Recordemos la opinión de GIMÉNEZ ARNÁU antes citada.

«No debe, sin embargo, desconocerse que podría, si la Ley no lo resolviera, haberse suscitado alguna duda. La condición suspensiva no crea por pronto derecho alguno a favor de un contratante; en ella, como se dice técnicamente, ni *ha cedido* ni *ha venido el día* de la obligación; es decir, en el ejemplo de la compra y venta, ni ha comenzado para el vendedor la obligación de entregar la cosa vendida, ni el comprador tiene el derecho de pedirla; es menester que se cumpla la condición de que la obligación depende para que ésta sea completamente eficaz. Pero, a pesar de todo, no puede desconocerse que en el sistema adoptado por la Ley no cabía dar otra solución a la cuestión propuesta; la condición cuando se cumple se retrotrae al día en que se contrató; sería, pues, necesario, o dejar el contrato condicional dependiente en un todo de la voluntad del vendedor, que sólo con enajenar la finca a un tercero que inscribiera podría eludir la obligación contraída, o dar el derecho de inscripción a las obligaciones condicionales. Entre estos dos extremos, el primero, sin duda, era más aceptable y más conforme con los principios dominantes en la Ley, porque, de este modo, el Registro representa fielmente la historia de las heredades y sus diferentes vicisitudes: así se comprende que el comprador, bajo condición, pueda conservar el derecho que adquiere, y que el tercero no se encuentre sorprendido con una venta o una carga real de que no tenía conocimiento. Cuando se había extendido la protección al inquilino y al colono por la nueva Ley Hipotecaria, habría sido una inconsecuencia no conceder seguridades al comprador de bienes inmuebles bajo una condición suspensiva. No debe omitirse en la escritura y en la inscripción de mencionar la condición suspensiva, porque de otro modo se consideraría pura la venta en todos sus efectos con relación a un tercero.»

«Lo que creemos es, que si bien de la condición no nace más que una esperanza, *spes debitum ire*, como antes dijimos, esta esperanza tiene el carácter de un derecho eventual. Ni carece de efectos el derecho eventual, que nace de la condición suspensiva puesta en los actos y contratos, porque el que lo tiene puede enajenarlo, transmitirlo a sus herederos cuando no sea personal, ejercitar las acciones que estime conducentes dentro de las leyes para conservarlo en el caso de que, por parte del contrario, se verifiquen actos que tiendan a despojarlo de él o de hacerlo ineficaz, y tratar de impedir que se deteriore la cosa que por consecuencia del cumplimiento de la condición pueda corresponderles. No debemos descender aquí a tratar de todos los efectos que en el orden legal produce el derecho eventual que nace de los actos o contratos subordinados a condiciones suspensivas: bastarían los indicados, mas por su importancia añadiremos dos: es el primero que cuando se cumple la condición, se retrotrae ésta al tiempo del contrato; del segundo

trata el emperador Justiniano en el lugar antes citado; según él, en las obligaciones condicionales que nacen de actos entre vivos se transmite la esperanza a los sucesores, si la muerte sorprende a los estipulantes antes de que la condición se verifique.»

«Lo dicho nos parece suficiente para que quede completamente justificada la inscripción de las condiciones suspensivas; a no ser así, con frecuencia se verían defraudados los que tuvieran estas esperanzas legítimas, estos derechos que, aunque eventuales de presente, pueden ser ciertos, determinados y exigibles en su caso, y podrían los que estuvieran obligados a respetar el acto o contrato burlarse a su placer del deber de hacer compatibles sus derechos con los que a otros estuvieran reservados, aunque sólo en la expectativa de acontecimientos futuros» (29).

En contra de su inscripción podría oponerse la norma más específica del artículo 11 en su primer párrafo, según el cual «la expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior (30), no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita». La dificultad, sin embargo, no parece insuperable. El artículo 10 impone la constancia registral de la forma de pago del precio, bien sea al contado o a plazos. En todo caso deberá hacerse constar la forma convenida de pago. Y todo aplazamiento de éste figurará en la inscripción.

Para desarrollar esa norma se dicta el artículo 11, cuya función no es—en mi opinión—enumerar las únicas garantías posibles del precio aplazado, sino establecer la eficacia frente a terceros de las formas más habituales de esa garantía, para dejar claramente resuelto así un problema que se había planteado repetidas veces.

El artículo 11 alude sólo a la hipoteca y a la condición resolutoria expresa. Pero la hipoteca en garantía del precio aplazado produce sus efectos frente a terceros no porque lo diga el artículo 11, sino por su propia eficacia institucional dotada de publicidad constitutiva. Luego, aunque no lo expresara el artículo 11, la hipoteca seguiría siendo eficaz de la misma manera, de acuerdo con los artículos que disciplinan esta garantía en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria. En cambio, la intención del legislador al redactar el artículo 11 parece que era dejar

(29) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA: *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, tomo I, Madrid, 1862, páginas 256-257.

(30) Artículo 10: En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago.

bien claro que la resolución de la compraventa derivada del incumplimiento del pago del precio aplazado, por consecuencia del juego de las obligaciones recíprocas y de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil, no afectaría al tercero si esa posible causa de resolución no constaba en el Registro expresamente, como condición resolutoria explícita. Lo cual es lógico, por el principio de especialidad y por la seguridad del tráfico. De esta manera, el tercero no habría de sufrir las consecuencias resolutorias de un mero aplazamiento del precio, sino que resultaría afectado por cualquier forma de garantía real del precio aplazado que fuera legalmente posible y estuviera publicada por el Registro (y, por tanto, también por la reserva de dominio, en la medida en que se admita la validez de esta garantía) y, además, por la resolución derivada de una condición resolutoria expresa. Tal parece ser el sentido del artículo expresado.

Además, si se admite la inscripción del dominio sometido a condición resolutoria, ¿por qué no admitir igualmente, en el terreno formal y a efectos de inscripción, la publicidad del dominio sujeto a condición suspensiva? El problema podrá plantearse en el plano funcional de la causa y civil de la validez, pero está claro en el plano estructural de la condición suspensiva y registral de su inscripción. El artículo 11 no se plantea la cuestión de la validez de las garantías, ni su enumeración, sino la de la eficacia frente a terceros de alguna de ellas. Y, sobre todo, pretende la claridad respecto a la polémica suscitada sobre la resolución automática de la compraventa.

Entiendo que el pacto referido debe ser inscribible no sólo por las razones apuntadas, sino también porque sólo a través de su inscripción podrá publicar el Registro las vicisitudes de la dinámica del derecho de dominio, reflejando así la variante y compleja realidad civil extrarregistral; porque, en el sistema español, la publicidad registral actúa también con plena eficacia respecto a los derechos condicionales; porque sólo así estaría adecuadamente protegido el comprador frente a los terceros, al ser la suya una situación provisional, pero consolidable, valorable en dinero y susceptible de enajenación, bien que con su propia limitación de pendencia; y porque, una vez admitida la reserva de dominio, resulta absolutamente imprescindible arbitrar un sistema de publicidad registral—cuando no exista—para dar a conocer a los terceros esa limitación, pues sin publicidad la reserva de dominio queda sin efecto en cuanto el comprador enajene y el subadquirente desconozca la situación de pendencia, se rompe la seguridad del tráfico y se desvirtúa la garantía. Tan es así, que cuando la ley reconoce la reserva de dominio como garantía en la venta de bienes muebles, a pesar de la menor identificación de éstos, tiene que organizar un sistema de Regis-

tro público para anunciar ese condicionamiento. Por las mismas razones, pero con doble motivo aquí por su adecuado régimen registral, será necesario no excluir del Registro al pacto de reserva de dominio en los inmuebles.

Su inscripción resulta indudable tanto si se piensa que lo que se inscribe en el Registro son meros títulos, actos y contratos, porque la reserva de dominio va incluida en el contrato de compraventa como una de sus cláusulas, y forma parte del contenido normativo del negocio, como si se estima—y esta es mi opinión—que se inscriben derechos subjetivos, relaciones jurídicas, porque entonces éstos van indisolublemente unidos a su título originador, relación negocial en unión del negocio jurídico que la crea. Y aquí sería un derecho de dominio suspensivamente condicionado en la compraventa de que deriva (31).

C) Frente a todo lo expuesto podría advertirse que el reconocimiento por el ordenamiento de una determinada forma de garantía jurídica y el juicio de valor sobre su validez no pueden depender de una circunstancia puramente coyuntural, de tipo fiscal, cual es que el pacto de reserva de dominio no esté sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y, por ello, los particulares puedan acudir a su regulación eludiendo el uso de otras garantías, más caras por su gravamen tributario. Bastaría entonces un cambio en la ley fiscal, sometiendo a igual tributación al pacto de reserva de dominio y a la hipoteca, para que aquél dejara de aplicarse o cesaran las razones que aconsejan su mantenimiento. Ello es parcialmente cierto. Pero no debemos olvidar la indudable influencia que las normas fiscales tienen sobre la contratación privada y las relaciones que se constituyen entre los particulares. Condicionamiento efectivo y de hecho que refleja uno de los perfiles del actual derecho de la contratación, y que ya ha sido observado por la doctrina y por la práctica.

La validez del pacto de reserva de dominio es, en principio, dudosa. Por la eficacia extraordinaria que despliega en relación con su intrínseca finalidad de garantía y en perjuicio del comprador, deudor del precio aplazado. Pero en las circunstancias actuales, dentro de nuestro Derecho vigente que no lo regula expresamente cuando recae sobre bienes

(31) No se diga que en la reserva de dominio, mientras no se cumpla la condición suspensiva, no hay desplazamiento dominical, no hay transmisión de dominio y por eso no sería inscribible el pacto. Porque esto ocurre en toda transmisión sujeta a condición—o a plazo—, y, sin embargo, son perfectamente inscribibles a pesar de que el cambio de titular se demore a un momento futuro. Lo importante es que el Registro refleje la expectativa del adquirente aún no consumada. Cuya definitiva adquisición queda consolidada por la constancia registral del cumplimiento del hecho en que la condición consiste. Tal es el juego típico de las situaciones de pendencia, que no hace falta recordar aquí.

inmuebles, el problema de su justificación causal viene apoyado grandemente por ser éste, habitualmente, el único procedimiento, o al menos el mejor en la práctica, para que el comprador de un piso a plazos quede protegido frente a todos. Que es lo fundamental en los contratos de adhesión. Y esto a pesar de los inconvenientes que en principio pudiera presentar.

Obsérvese, además, que si se admite la venta con precio aplazado y reserva de dominio, formalizada en escritura pública desde el principio, desde que se celebra, y sin necesidad de esperar al pago del último plazo, ello tiene, aparte de otras, la ventaja de evitar la redacción de documentos privados muchas veces abusivos, imperfectos o carentes de su adecuada eficacia, y remite la protección del comprador en tales casos a la competencia y buen criterio del Notario autorizante de la escritura.

Quizá el mayor inconveniente entonces sería la necesidad de que figure en la escritura de venta la totalidad del precio aplazado—por lo menos—, que puede ser la mayor parte del precio real, cuyo control por la Hacienda Pública puede desanimar a los particulares para la utilización de este procedimiento. Pero creemos que ese coste está sobradamente justificado por la consideración, igualmente necesaria, de proteger al comprador a plazos y dotarle desde el principio de un título público eficaz *erga omnes*. En estas ideas se apoya el reconocimiento de la validez del pacto que nos ocupa, cuya utilidad en la compra de terrenos, y especialmente de pisos modestos, puede resultar manifiesta. Mientras no cambien las circunstancias de hecho y los condicionamientos legales actualmente vigentes.

Ello nos lleva de la mano a otro problema, mucho más importante, en el cual no podemos entrar ya. Uno de los fenómenos que resultan realmente incomprensibles en nuestro actual mundo jurídico es que puedan venderse libremente pisos que todavía no se han comenzado a construir, de los cuales el vendedor no tiene titulación adecuada y, a veces, ni siquiera la propiedad, aceptándose por un mal entendido juego de la autonomía en la voluntad la validez habitual de estos contratos abusivos, que el comprador ha de firmar en todo caso porque necesita su vivienda en condiciones ventajosas, y que se convierten en auténticos contratos de adhesión. No se puede hablar de libertad contractual cuando una de las partes carece de la libertad de elección. Esto es especialmente frecuente en la venta de pisos modestos. Como no se comprende tampoco que el valor económico de los terrenos y del suelo edificable, que ha de repercutir en el coste de algo tan primariamente necesario como es la vivienda, quede a merced de la codicia personal; de la especulación abusiva y del mercado libre, en lugar de estar rígidamente

controlado por las autoridades estatales en atención a la necesidad social que estos bienes satisfacen.

Pues bien, el panorama actual de los contratos privados de venta de pisos no es técnicamente aceptable ni socialmente justo. Para remediar este fenómeno parece oportuno y deseable la publicación de una nueva ley que regule imperativamente la venta de pisos. Estableciendo sus requisitos mínimos, garantías permitidas, pactos prohibidos, etc. Y todo ello con carácter inderogable por la voluntad de las partes. Quizá en la preparación de esa ley se podría plantear en forma más despaciosa y serena, con proyección a largo plazo, el problema de la reserva de dominio como garantía del precio aplazado en la venta de inmuebles, sus condiciones y sus limitaciones. El aumento de la construcción urbana a pasos agigantados, el creciente tráfico de los pisos y la necesidad de regular todas estas cuestiones sobre bases de justicia aconsejan su rápida preparación. Y en esa labor podrán desarrollar una tarea muy útil los Registradores de la Propiedad, por su experiencia y su competencia técnica en estos problemas.

Con estos antecedentes creo que queda centrado el tema del cual quería hablarles hoy aquí.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA

La calificación registral: Problemas

SUMARIO: I. *La calificación registral*: a) Trascendencia de la misma en relación con la actuación jurídica. b) Sus dificultades en el momento actual.—II. *Lo real y lo personal en la hipoteca*: a) Cláusulas obligacionales. b) Cláusulas resolutorias y reales.—III. *Hipoteca de una porción o cuota indivisa*: a) Posibilidad de hipotecar porciones indivisas. b) Imposibilidad de hipotecar una parte indivisa indeterminada.—IV. *Concepto de causahabiente en el Derecho registral*: a) En el Código Civil. b) En diversas legislaciones especiales. c) En la legislación hipotecaria.—V. *Ampliación del título inmatriculador*: a) Actos de deslinde. b) Escritura con pacto de retro.

I

LA CALIFICACION REGISTRAL

De la serie de principios que justifican nuestro sistema hipotecario y que sirven, además, para su encuadramiento en el campo de la dogmática, elijo el llamado de «la legalidad», cuya actuación se realiza a través de la función calificadora o privilegio que la ley concede a los Registradores, honrándoles con la categoría de juristas. Me propongo en estas líneas solamente fijar la trascendencia de la función en relación con la serie de actos y contratos que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad; pues la esencia de la misma ya ha sido debidamente estudiada por la doctrina, llegándose a conclusiones aceptables en el orden cualificativo. También es importante destacar la situación de la función en el momento actual, en el que el «bosque legislativo» la dificulta y le da un carácter de extraordinaria para quienes deben inexcusablemente ejercitarla.

Los problemas que luego presento no son la auténtica muestra de esta dificultad y los traigo aquí por una pura razón de conexión del Derecho Hipotecario con ese Derecho básico que debe animar todo intento de ejercicio de función calificadora: el Derecho Civil. He lle-

gado a la convicción de que para el logro de la plenitud de lucidez jurídica en las funciones calificadoras es preciso manejar con mucha soltura ese núcleo central de nuestro Derecho Privado, encajándolo en la técnica hipotecaria. Sin la base del Derecho Civil toda calificación se hace dificultosa, no tiene luces orientadoras y siempre desembocará en soluciones poco iluminadas por la claridad de las raíces civiles.

- a) *Trascendencia de la misma en relación con la actuación jurídica.*—El techo al que debe aspirar cualquier acto jurídico que pretenda lograr su plena efectividad es la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sólo la inscripción, aun con su carácter general de declarativa, puede lograr lo que no alcanza un acto intervenido por Notario, sancionado por un Juez o asesorado por un Abogado del Estado o cualquier otra autoridad administrativa. No basta que la titulación sea auténtica y que haya sido elaborada con la intervención de esos funcionarios de gran prestigio en la esfera jurídica española. Es preciso, para que el acto o contrato tenga acceso al Registro, que sea examinado por un funcionario al que la ley le ha concedido la facultad de calificar y decidir. En ese acto solemne de la calificación, el Registrador reúne o debe reunir todos los conocimientos que los funcionarios citados tienen para ejercer sus carreras (Notarios, Jueces, Abogados del Estado, funcionarios públicos, órganos administrativos, etc.) siempre que el acto o contrato de que se trate se refiera a materia inscribible.

La Ley reconoce a la documentación pública una serie de garantías en torno a la validez y eficacia del acto que en las mismas se recoge, pero para asegurarse de que el acto que ha de ser protegido plenamente reúne todos los requisitos precisos en cuanto a esos aspectos, exige la intervención última de un funcionario en el que deposita su plena confianza para que decida si el acto que pretende la protección que la institución registral le brinda, puede ser merecedor de la misma. Esto es una distinción, un privilegio, pero también un deber que la Ley impone, pues si el privilegio honra y eleva, también exige. El Registrador aquí, en este momento supremo, no puede dudar, no debe vacilar, no puede eludir su juicio decisivo, ha de pronunciarse y fijar con su criterio la validez y eficacia del acto sujeto a inscripción. El acto, según su decisión, podrá ser inscrito y protegido por el Registro, el acto deberá complementarse por venir falto de requisitos o el acto

quedará fuera de la protección registral por contener un defecto insubsanable.

La actuación registral, al ejercer la función calificadora, tiene no una doble actividad, como apuntó NÚÑEZ LAGOS (1), sino una triple dimensión: *a)* Una de fondo o jurídica y legislativa. *b)* Otra registral, en cuanto ha de adecuar la realidad jurídica con la registral; y *c)* Otra formal, sobre los libros del Registro, extractando y seleccionando lo que ha de pasar a ser el contenido del asiento que realice. Para el desarrollo de estos tres aspectos se necesita un conocimiento profundo de la legislación vigente, de los principios hipotecarios y de la legislación específica.

Se ha querido justificar la atribución de esta facultad en la especialización de unos conocimientos o en la realización de una actividad «hipotecaria». Así CAMPUZANO (2) decía que hay que tener en cuenta que el Notario atiende, principalmente, a establecer una relación jurídica entre las partes, y, en cambio, el Registrador obra en nombre del Estado, para dar determinados efectos a esa relación, y, por consiguiente, antes de tomarla a su cargo, el Estado está en el deber de juzgarla para saber si debe o no protegerla. Por otra parte, COSSÍO Y CORRAL (3) dice que el principio de legalidad se desenvuelve en un verdadero *juicio hipotecario* que, tomando por base los datos que constan en el Registro y los que son suministrados por los interesados, termina o no, según los casos, en la práctica del asiento solicitado, con objeto de asegurar la correspondencia entre la realidad jurídica y los libros hipotecarios. Como he apuntado antes, creo que la actividad desarrollada por el Registrador al ejercer su esencial facultad calificadora, abarca campos que trascienden de la mera materia hipotecaria—sin perjuicio de que en ésta sea un destacado especialista—, y que la exigencia legal de examinar los elementos formales de los documentos, la capacidad de los que intervienen en ellos y la validez de los actos dispositivos presupone una amplitud de campos y de legislaciones que los rigen y que,

(1) NÚÑEZ LAGOS (R.): *El Registro de la Propiedad Español*, edición separata, pág. 14. Dice este autor que “el Registrador, por su parte, desarrolla también una doble actividad: *a)* Formal, sobre los libros del Registro.. *b)* De fondo, sobre el documento...”

(2) CAMPUZANO Y HORMA (F.): *Principios generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1941, pág. 253.

(3) COSSÍO Y CORRAL (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 99.

por razones de la documentación que tiene acceso al Registro, podrían comprenderse dentro de estas tres categorías: notarial, judicial y administrativa.

Acierta, a nuestro entender, LACRUZ BERDEJO (4), quien precisa la esencia de la función calificadora diciendo que en ella el Registrador realiza un juicio lógico de análisis fáctico y subsunción jurídica, que desemboca en su resolución, término del procedimiento: la práctica, denegación o suspensión del asiento solicitado. También MORELL Y TERRY (5) supo deslindar limpiamente esa función al decir que la calificación es la facultad de examinar, censurar, admitir o rechazar el título sujeto a inscripción, el acto por el cual el Registrador examina los títulos inscribibles y decide sobre su admisión o no admisión en el Registro. Por ella se establece, digámoslo así, una *comparación entre el título y las disposiciones legales* que le son aplicables, a fin de que la inscripción reúna todas las garantías posibles de estabilidad y firmeza.

Realmente, la justificación de la concesión de esta facultad no reside en el conocimiento más o menos amplio de la normativa legal por el funcionario que la ejerce, ya que eso la Ley lo presume al conceder la facultad y exigir para el desempeño del cargo una serie de pruebas de aptitud, sino en lo que la mayoría de los autores señalan con gran acierto: en un sistema como el nuestro, en el que la inscripción surte tan importantes efectos, es preciso que los asientos vayan precedidos de una amplia calificación de los títulos, a fin de evitar los perjuicios que podrían ocasionarse si ingresan en el Registro derechos que no debían entrar en él (6); en un sistema como el español, dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ (7), en que los asientos registrales se presumen exactos, es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada, pues, de lo contrario, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos. Con su precisión habitual, SANZ FERNÁNDEZ (8) dice que la mayor o

(4) LACRUZ BERDEJO (J. L.): *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 394.

(5) MORELL Y TERRY (J.): *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1927, tomo II, pág. 250.

(6) ROCA SASTRE (R. M.): *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1968, página 250.

(7) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ (J.): *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, tomo I, pág. 432.

(8) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, tomo II, pág. 146.

menor importancia de los efectos que en cada sistema hipotecario se concedan a la inscripción, produce como consecuencia un mayor o menor rigor en los requisitos exigidos para la admisión de los títulos en el Registro, y así, en los sistemas en que la inscripción produce efectos constitutivos—alemán y suizo—o convalidantes—sistema español—, llegando a dar plena eficacia a los derechos inscritos, principalmente a través de la fe pública registral, es lógico que el legislador procure asegurarse de que sólo tienen acceso al Registro los títulos válidos y, en general, aquellos que reúnen todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la inscripción.

En relación con el acto jurídico que va a reflejarse en los libros del Registro de la Propiedad, la función calificadora tiene una trascendencia que está relacionada con su «amplitud de actuación», con su «influencia constructiva» de soluciones para figuras jurídicas, su «carácter personal» y su «reflejo formal». Los temas han sido ya tratados ampliamente y aquí sólo vamos a señalar ciertos matices:

— *Amplitud de actuación.*—De todos es conocido el ámbito que el Registrador desarrolla en relación con la documentación notarial y que comprende los extremos del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, 99 de la misma y 98 del Reglamento Hipotecario. Contrasta esta exigencia rigurosa con el inevitable conocimiento que el cuerpo notarial debe presuponerse en materia registral y, sobre todo, en materia civil y mercantil. Ya hemos visto, sin embargo, la razón justificativa de la misma.

El *documento judicial* goza aparentemente de cierta dosis de protección ante la calificación jurídica, ya que ésta sólo puede concretarse a la competencia del Juzgado que dicta el acto inscribible, a la congruencia del mandato con el procedimiento, a las formalidades extrínsecas del documento y a los obstáculos que surjan del Registro. Tal es la doctrina que se desprende de los artículos 100 y 99 de la Ley y Reglamento, respectivamente. Pero ante todo ello surge la pregunta de si realmente esto «debe ser así» y de si en la actualidad se ajusta a dicha norma restrictiva la calificación registral. Es preciso que examinemos una serie de razones históricas y una realidad jurídica actual. Es quizá el

autor más preciso en este punto LA RICA (9), quien en sus conocidos comentarios concreta el proceso evolutivo de la calificación en relación con los documentos judiciales.

Dice el autor citado que los precedentes son harto conocidos. Antes de la reforma de 1909 la Ley no trataba de la calificación de los documentos judiciales, salvo la regla especialísima del artículo 101, relativa a la competencia de los Jueces y Tribunales que ordenan cancelaciones cuando no fueran los mismos que hubieran decretado la inscripción o anotación a cancelar. Pero el Real Decreto de 3 de enero de 1876, siguiendo la orientación marcada por la Orden de 1874 y una Resolución de 1875, había sometido a la calificación registral los documentos judiciales en términos suficientemente amplios. La Ley Hipotecaria de 1909 extendió la calificación a la legalidad de las formas extrínsecas de los *documentos de toda clase*, entre los que ha de incluirse a los judiciales. La Dirección General fue ampliando por exigencias prácticas y justificadas las facultades calificadoras a otros extremos (10).

El avance que respecto a estos documentos ha experimentado la calificación puede señalarse como adecuado y preciso. La Ley Hipotecaria de 1861 no llegó en el campo de la calificación más que a las formas extrínsecas de las escrituras, a pesar de reconocer como documentos inscribibles los que actualmente señala el artículo 3.º de la misma. A lo más que llegó, en materia de documentos judiciales, fue al examen y calificación de la competencia del Juez en los casos de cancelación. La Ley de 1909 extendió en forma genérica la calificación, en cuanto a las formas extrínsecas, a los *documentos de cualquier clase*, criterio que se mantiene en la legislación actual, sin que el artículo 18 pueda ampliarse en lo relativo a la capacidad de los otor-

(9) LA RICA Y ARENAL (R.): *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948, tomo I (*Innovaciones*), pág. 84.

(10) Pueden señalarse los extremos relativos a los impedimentos u obstáculos surgidos del Registro (R. 3 de julio de 1912); la naturaleza del procedimiento en que recaen los mandatos judiciales inscribibles (R. 20 de febrero de 1912); la competencia del Juez o Tribunal (R. 20 de enero de 1928 y 18 de diciembre de 1942); la justificación de que la Resolución judicial es firme (R. 18 de octubre de 1944). La fórmula que utilizó la Resolución de 22 de junio de 1922 es prácticamente la que ha pasado al actual artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

gantes y a la validez de los actos dispositivos, más que a las «escrituras públicas» (11).

Creo, sin embargo, que no debe olvidarse que esta redacción del artículo 18 de la Ley Hipotecaria discrepa un poco de la utilizada por el artículo 99 de la misma Ley, en la cual, y a efectos de cancelación, se otorga al Registrador la facultad de calificar bajo su responsabilidad *la legalidad* de los documentos en cuya virtud se soliciten las cancelaciones, agregando, a mayor abundamiento del artículo 100 de la misma Ley, que los Registradores calificarán *también* la competencia de los Jueces y Tribunales que ordenen las cancelaciones (12). De otra parte, es preciso siempre tener muy en cuenta que al Registro «no deben» llegar los títulos que no sean válidos, ya que, como dice NÚÑEZ LAGOS (13), el título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido. Los títulos imperfectos en cuanto al fondo, no tienen acceso al Registro. Si este principio basado en la frase «validez de los actos dispositivos» (artículo 18 de la L. H.) y la doctrina que emana del artículo 33 de la misma Ley, no puede ser aplicable a los documentos judiciales que aun siendo nulos podrían tener

(11) La expresión «escritura pública» interpretada literalmente elimina de la calificación, en relación con la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos, todos los documentos públicos e instrumentos notariales que no sean escrituras, pero eso no puede admitirse plenamente. De todos son conocidas las diferencias entre escrituras y actas, pero puede afirmarse que en estas últimas también cabe que el Registrador califique capacidades de «comparecientes» e «intervinientes», así como la validez de ciertos actos contenidas en ellas. Circunscribiendo la calificación registral en orden a la capacidad de los otorgantes y a los actos dispositivos a sólo las escrituras públicas, queda mermada la efectividad del Registro respecto a todos aquellos supuestos en los que la legislación admite la inscripción basada en un «documento privado», así como el supuesto del acta de protocolización de operaciones particionales del artículo 83 del Reglamento Hipotecario, los casos de actas de notoriedad inmatriculadoras, etc. No debe olvidarse también que la Dirección General de los Registros ha dicho en Resoluciones de 1 de julio de 1943 y 31 de marzo y 11 de julio de 1936 que la capacidad de los otorgantes también debe calificarse por el Registrador cuando de contratos judiciales y administrativos se trate y en ellos intervenga Juez o funcionario público.

(12) Si por LEGALIDAD—referida a los títulos inscribibles—entendemos que los mismos deben reunir los *requisitos* que las leyes establecen para su validez, perfección y eficacia, es evidente que cuando de cancelaciones y documentos judiciales se trate, la calificación tiene una amplitud que no parece deducirse del artículo 18 de la L. H. Es argumento favorable a esta interpretación el artículo 98 del R. H., que sólo interpreta la legalidad «referida a las formas extrínsecas».

(13) NÚÑEZ LAGOS (R.): *El Registro de la Propiedad español*, Madrid, 1949, edición separata, pág. 14.

acceso al Registro, aunque éste les dejaría tan nulos como si no hubieran tenido acceso, se provocaría la aparición ulterior del tercero protegido sobre la base de una inscripción inicialmente nula.

No es muy clara la teoría de la patología del acto procesal en el Derecho que lo regula. JAIME GUASP (14), después de considerar que en el problema procesal no debe aplicarse rigurosamente el artículo 4.º del Código Civil, y que, por ello, será preciso examinar caso por caso, distingue entre la nulidad y la ilicitud o irregularidad de los actos procesales. En la nulidad perfila dos clases: la absoluta y la relativa. Por nulidad entiende la falta de alguno de los requisitos exigidos para el acto procesal, siendo la «absoluta» aquella que supone la falta de un requisito tan grave que cualquier sujeto, en tiempo y de cualquier forma, puede poner de manifiesto el vicio por el que la ineficacia se produce, siendo en todo caso «convalidables»; la nulidad «relativa» se da cuando el acto procesal incurre en un vicio que, por ser menos grave que el que engendra la nulidad absoluta, necesita de una especial actividad dirigida a provocar la ineficacia correspondiente, esto es, una actividad específica de invalidación, no necesitando ser convalidados. La «ilicitud» o irregularidad supone un pacto en el que falta algún requisito y que da lugar a una posible sanción de tipo penal, civil o disciplinaria.

SÁENZ JIMÉNEZ Y LÓPEZ GAMBOA (15) llegan casi a las mismas conclusiones que GUASP, pero en los ejemplos que ponen de cada uno de los actos encuadrables en las distintas clases apuntadas, dan pie para una actuación calificadora del Registrador. La «inexistencia» adviene por falta de alguno de los requisitos esenciales del acto, como, por ejemplo, la sentencia dictada por quien no es Juez. Es evidente que este caso entra dentro de lo que nuestro Reglamento Hipotecario denomina competencia y congruencia del mandato con el procedimiento seguido (art. 99 del R. H.). Lo mismo viene a suceder en el caso de la «nulidad absoluta» producida por falta de algún requisito esencial, como el su-

(14) GUASP (J.): *Derecho Procesal Civil*, 2.ª edición, Madrid, 1961. página 302.

(15) SÁENZ JIMÉNEZ (J.) y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA (E.): *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, tomo I, pág. 587.

puesto de un juicio verbal tramitado ante un Juez de Primera Instancia, cosa que entra en la amplitud de la función calificadora. Escapan, sin embargo, a ella los casos de la nulidad relativa o anulabilidad y, como es lógico, los del acto irregular sólo sancionable o corregible con una pena, una indemnización o una corrección disciplinaria.

La decisión del Registrador en su calificación por razones de nulidad u omisión de requisitos esenciales del acto no parece pueda tener, en principio, el carácter de *denegatoria* presuponiendo que el defecto es insubsanable, sino que tratándose de actos *convalidables*, como antes hemos apuntado, deben ser calificados de subsanables (ver art. 363 de la L. E. C.) (16).

La amplitud de la calificación registral en torno a estos documentos no sólo tiene en la actualidad reflejo en infinidad de actos principales, sino también en actos procesales que sólo sirven como documentos complementarios. Quizá en estos últimos casos la posible nulidad civil del acto haga ineficaz el documento judicial complementario.

- Como documentos principales podemos señalar los casos de mandamientos judiciales ordenando anotaciones preventivas sobre bienes presuntivamente gananciales y que en virtud de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, pueden ser rechazados por el Registrador por la omisión de la notificación del embargo a la mujer. La reforma civil del 1.413 del Código Civil provocó la hipotecaria y repercutió en los requisitos sustanciales del embargo haciendo de la notificación a la mujer un trámite procesal de necesaria observancia calificable por el Registrador.

Otro tanto podría decirse en el campo de las citaciones, notificaciones y emplazamientos. Recordemos a título de ejemplo el caso del expediente de dominio que exige, conforme al artículo 201 de la Ley Hipotecaria, la citación de determinadas personas y la convocatoria de otras. Pues bien, si del auto en que termina el procedimiento no resulta cumplido ese trámite, el Registrador en su calificación puede suspender la inscripción o inscripciones que con el mis-

(16) Dice el artículo 363 de la LEC: "Tampoco podrán los Jueces y Tribunales variar ni modificar sus sentencias después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga sobre punto discutido en el litigio."

mo se pretendan. Igual sucede con el expediente de liberación de gravámenes del artículo 210 de la Ley Hipotecaria.

ROCA SASTRE ya ha sostenido esta misma idea referida a otros supuestos (17), diciendo que la función calificadora del Registrador se extiende a la materia relativa a notificaciones o citaciones de la persona que sea titular registral del dominio o derecho real limitado y que haya de resultar afectada o perjudicada por el asiento ordenado o dimanante de la autoridad judicial. A título de ejemplo cita el artículo 126 de la Ley Hipotecaria y el 143 de su Reglamento, en orden a la notificación que debe hacerse el tercer poseedor en los procesos de ejecución. Igualmente sucede con el hipotecante que debe ser citado en el procedimiento judicial sumario (art. 131 de la L. H.) y en el extrajudicial (art. 235 del R. H.). De la misma forma puede predicarse esta necesidad en el artículo 40 de la L. H. en materia de rectificación de asientos. Por su parte, el artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina la forma de esas notificaciones. La necesidad de las mismas se deduce no sólo de los preceptos indicados, sino del párrafo 3 del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Ratifica la necesidad de estas modificaciones las Resoluciones de 21 de julio y de 1 y 4 de agosto de 1939, y precisa la forma de hacerlas a los herederos del deudor la de 18 de diciembre de 1942.

La calificación registral, de otra parte, se mueve en un amplio campo cuando determina «la clase del documento judicial» que debe servir para la práctica del asiento solicitado. De los cuatro documentos judiciales idóneos para su acceso al Registro—sentencias, autos, providencias y mandamientos—no todos sirven en su eficacia para lograr la inscripción, anotación o cancelación correspondiente. Sería prolijo descender a detalles de la legislación hipotecaria, pero nos pueden servir de ejemplo artículos como el 41 o el 82, que imponen la sentencia para el asiento a practicar, en otros como el 43, 46, 68 y 83 se habla de providencias y, por último, en otros se expresa el mandamiento como medio hábil para el logro del asiento (arts. 43, 83, 257, etcétera). En todo caso, es preciso aclarar que las sentencias

(17) *Op. cit.*, tomo II, pág. 258.

y los autos llegan al Registro en virtud de un testimonio, mientras que las providencias exigen mandamiento. Esta idea está recogida en Resolución de 22 de noviembre de 1893. Pues bien, la calificación registral aquí se muestra decisiva, rechazando la clase de documento judicial que no se ajuste a lo ordenado por la legislación.

Por supuesto, en el ámbito de los requisitos formales y en los obstáculos que surjan del Registro, la calificación registral es exhaustiva. Lo mismo puede decirse de la «condición de firme» de las resoluciones judiciales que pretendan el acceso registral (18).

- Como documentos complementarios al principal que trata de inscribirse, los casos son muy numerosos, pero fundamentalmente queremos concretarnos a los que plasman la necesaria autorización para ciertos actos que civilmente la exigen. Vamos a traer a colación el discutido caso de la enajenación de los bienes sujetos o afectos a una sustitución fideicomisaria y que pretenden ser enajenados por el fiduciario, acudiendo al socorrido cauce de la autorización judicial de menores (art. 164 del C. C.) o a la de los ausentes (art. 186-3 del C. C.).

Es frecuente, aunque ya veremos si eficaz y válido, el caso de que a una determinada escritura para otorgar preceda o siga una autorización judicial, bien para que la finca enajenada se «sustituya» por otra que quedará afectada al fideicomiso o para que el precio obtenido—con subasta o dispensa de ella— sea depositado y empleado conforme al destino designado por el Juez.

(18) Para que las resoluciones judiciales tengan acceso al Registro es preciso que las mismas tengan la condición de firmes. Así se estableció por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de octubre de 1944, en la cual se dice que no puede inscribirse el testimonio de un auto de adjudicación de una finca cuando consta que no es firme por haberse interpuesto apelación contra el mismo y que fue admitido en ambos efectos. De dicha Resolución se deduce la lógica doctrina de que el acto judicial no debe tener acceso al Registro si está pendiente de un recurso, pues sólo cuando la sentencia se encuentre en condiciones de ser ejecutada es cuando puede tener su plena eficacia. De lo contrario sólo cabría una anotación preventiva, pues conforme al artículo 388 de la L. E. C. apelada una sentencia se suspenderá su ejecución hasta que recaiga el fallo del Tribunal superior. De las mismas sentencias y autos se deduce claramente esta doctrina, ya que en ellas y en su parte dispositiva se dice: “firme que sea esta resolución, expídase el testimonio de la misma..”, pero no antes de su firmeza. Recoge esta doctrina hoy día el artículo 199 del Reglamento Hipotecario al tratar de la cancelación de anotaciones preventivas por caducidad.

Creo que es ocioso decir que la tesis avanzada de la posible enajenación o sustitución de la finca afecta al fideicomiso fue brillantemente defendida por GONZÁLEZ PALOMINO (19) como único portillo para salvar ese tremendo impedimento que hasta la Compilación catalana ha sabido superar (20). La posibilidad de una enajenación condicional, defendida por LA CÁMARA, hace ilusoria la efectividad práctica de la misma (21). Esta última dirección fue admitida por la Dirección General en Resoluciones de 16 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1934, pero la constante ideología jurídica que presiden sus decisiones es contraria a toda enajenación, aun con la licencia judicial encajada en el procedimiento del artículo 164 del Código Civil. Así pueden citarse los casos planteados por las Resoluciones de 16 de septiembre de 1929, 22 de junio de 1943, 10 de marzo de 1944, 22 de diciembre de 1950, 2 de junio de 1956, 7 de mayo de 1960 y 13 de enero de 1965. Ultimamente se suma a la tesis que patrocina la enajenación de los bienes fideicomitidos con autorización judicial Díez PICAZO (22), quien precisa que: «La autorización judicial obtenida por el juego conjunto de los artículos 804, 185 y 186 del Código Civil, pospuesta por un importante sector de la doctrina moderna, no parece que sea un camino completamente seguro. En primer lugar, porque no existe absoluta similitud entre la situación jurídica del heredero instituido bajo condición suspensiva y la sustitución fideicomisaria, aunque ésta sea condicional; en segundo lugar, porque los preceptos citados presuponen una puesta de la herencia en administración y una facultad para enajenar atribuida al administrador, lo cual, en rigor, es distinto de atribuir la facultad para enajenar al propio fiduciario. No obstante, es el único cauce idóneo de que disponemos para realizar los principios generales...»

Por todo ello, cuando la autorización judicial se encauce por el limitado artículo 164 del Código Civil y sus corres-

(19) GONZÁLEZ PALOMINO (J.): *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, Universidad de Navarra, 1964, pág. 299 (vol: II), en su estudio *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*.

(20) Ver artículos 186 y siguientes.

(21) DE LA CÁMARA (M.): "Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria", *R. D. P.*, 1948, págs. 637 y sigs.

(22) Díez PICAZO (L.): *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Madrid, 1966, página 703 (tomo II).

pondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso considerar ineficaz dicha autorización, ya que aquí no se trata de menores de edad sometidos a la patria potestad, sino de herederos instituidos bajo condición suspensiva, según la acertada precisión de GONZÁLEZ PALOMINO. Aquí no puede hablarse del «aún no padre» de «aún no concebido». Aunque lo deseable es que el Centro Directivo abriese la mano en este punto de enajenación de bienes sujetos a fideicomiso, es preciso considerar también como ineficaz la autorización judicial lograda a través del procedimiento analógico que utilizan los artículos 804 del Código Civil y 186 del mismo en relación con los correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Uno y otro camino procesales llevan a considerar ineficaces las decisiones judiciales, que, dictadas con todos los requisitos de validez, quedan afectas a la nulidad inicial que presupone la norma prohibitiva del Código Civil. El documento principal, la escritura, es nula por violar una prohibición legal y el documento complementario lo es igualmente por accesoriedad.

Respecto de los *documentos administrativos*, la doctrina no es muy clara en orden al principio de legalidad y a la amplitud de la calificación. Así, por ejemplo, ROCA SASTRE (23) dice que en principio los documentos administrativos deben ser tratados en sus funciones calificadoras por el Registrador, de la misma manera que los documentos judiciales. No obstante, el Registrador, dentro de los límites de su función calificadora, goza de mayor libertad, sobre todo tratándose de documentos de ejecución o apremio administrativo. LA RICA (24), al examinar el problema que plantean los procedimientos administrativos de apremio, propugnaba como solución—con lo cual daba por supuesto la limitación calificadora registral—la de una minuciosa y severa calificación de los documentos emanados de los Agentes del Fisco, facultando al Registrador incluso para reclamar el expediente original, al anotar los embargos o al inscribir las ventas y adjudicaciones; y, sobre todo, el que la Ley exija que el deudor o sus herederos sean notificados personalmente. Con estas medidas podrían obviarse gran

(23) *Op. cit.*, tomo II, pág. 257.

(24) LA RICA Y ARENAL (R.): *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949 (tomo II), págs. 31 y 579.

parte de los inconvenientes advertidos. CAMPUZANO HORMA (25) decía que los documentos administrativos estaban sujetos a la función calificadora del Registrador, en cuanto a sus formalidades extrínsecas, y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. En todo lo demás hay que atenerse a las declaraciones de la jurisprudencia, si bien conviene advertir que ésta trata de ampliar el círculo de aplicación de la facultad calificadora respecto de estos documentos, fundándose en que los expedidos por meros recaudadores, que no tienen otra garantía que la de su nombramiento, no son dignos de tanto respeto y defensa como los que se hallan expedidos bajo la salvaguardia que representa la competencia de las autoridades judiciales. GIMÉNEZ ARNÁU (26) limitaba la esfera de actuación calificadora en orden a los documentos extranotariales (judiciales y administrativos) a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, sin perjuicio de consignar que la Dirección General había abierto la mano, ya que cuando se trata de resoluciones administrativas, la Dirección General, en atención a las distintas condiciones de idoneidad e imparcialidad de los funcionarios, ha concedido mayores facultades en orden a la calificación que si se tratara de documentos judiciales (R. de 7 de septiembre de 1926). LACRUZ BERDEJO (27) excluye de la calificación en documentos judiciales y administrativos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos.

SANZ FERNÁNDEZ (28) sigue esta misma línea, diciendo que, «respecto de los documentos administrativos, la calificación debiera, en principio, moverse dentro de límites análogos a los de los documentos judiciales; sin embargo, la jurisprudencia ha admitido una mayor amplitud en atención a la diversa idoneidad de unos y otros funcionarios».

La documentación administrativa es la más imprecisa y defectuosa de las que intentan lograr asientos registrales. Al Derecho Administrativo, como al Fiscal, les falta la aportación jurídica que dé consistencia a sus normativas. Ultimamente se están notando en ambos campos los efectos

(25) *Op. cit.*, pág. 249.

(26) GIMÉNEZ ARNÁU (E.): *Tratado de legislación hipotecaria*, Madrid, 1941, página 38.

(27) *Op. cit.*, pág. 394.

(28) *Op. cit.*, pág. 160

que producen las incursiones que en ellos hacen juristas de talla procedentes de campos tan formados como el civilista, el hipotecarista o el mercantilista. El Reglamento Hipotecario, reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, quiso paliar un poco esta especie de debilidad jurídica y estableció en el artículo 26, último párrafo, que los expedientes a que se refiere el artículo debían ser examinados por el Abogado del Estado, a quien correspondía, antes de la presentación de los títulos en el Registro, pero esta medida ciertamente prometedora, como apuntaba LA RICA (29), no ha logrado mejorar situaciones y superar defectos.

En principio, creo que a la documentación administrativa le afecta la regla genérica del artículo 18 de la Ley Hipotecaria: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos *de toda clase*, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro», complementado este artículo por el 99 de la misma Ley Hipotecaria. No hay regla específica en nuestra legislación como la que existe para los documentos judiciales. Teniendo en cuenta que el término escritura pública acapara la posibilidad de que la calificación se extienda en ellas a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos, encontramos extraordinariamente reducida la calificación del documento administrativo, aunque en la realidad no sea así, pues en ciertos casos creo que debe tenerse en cuenta la capacidad y legitimación de los intervinientes en el documento, y, en general, no puede prescindirse de la validez del acto contenido en el documento que pretenda la inscripción. Dejando, por ello, a un lado la amplitud calificadora en el campo de la legalidad de las formas, vamos a detenernos en ciertos puntos de validez y capacidad:

- Tampoco en el campo del Derecho Administrativo la teoría de la patología del acto es muy clara. Hay autores, como GARRIDO FALLA, quien considera que la invalidez se agota en dos categorías jurídicas: la nulidad y la anulabilidad.

(29) LA RICA Y ARENAL (R.): *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 43.

La inexistencia supone casos en los que no hay acto administrativo y no puede, por ello, hablarse de acto viciado (30). GONZÁLEZ PÉREZ (31) distingue tres categorías en el campo de la ineficacia de los actos administrativos: los nulos, los anulables y los irregulares. La nulidad significa una excepción, ya que no tiene aplicación el artículo 4.º del Código Civil español. En el campo administrativo sólo son nulos los actos que señala el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La regla general la constituye el acto anulable que suponga cualquier infracción del ordenamiento jurídico, pero la característica del acto anulable es su cualidad de convalidable. Los actos irregulares no suponen más que casos de responsabilidad del funcionario. En la misma idea del autor citado abundan CASTEJÓN PAZ y RODRÍGUEZ ROMÁN (32).

La doctrina citada está de acuerdo en que los actos nulos no pueden convalidarse ni subsanarse por prescripción, pudiendo iniciarse en cualquier momento la declaración de nulidad y produciendo ésta sus efectos *ex tunc*. Con ello ya tenemos una notable diferencia con los actos judiciales, los cuales, como hemos visto, son convalidables, y la calificación registral nunca podría ser denegatoria. Pero llegado este momento se hace preciso preguntar si el Registrador en su calificación puede apreciar la nulidad de un acto administrativo o solamente la Administración, de oficio o a instancia de la parte interesada, son los únicos que pueden apreciarla y declararla.

Estimo que el Registrador, en su calificación, puede apreciar y debe apreciar la nulidad del acto administrativo y negarse a inscribir. No es que declare la nulidad, sino que solamente en virtud de su función calificadora se negará a inscribir un acto que él reputa nulo y que, caso de recurso gubernativo, se solventará si es o no acertada su calificación, sirviendo, además, ésta para que la Administración o los interesados puedan proceder a la iniciación del procedimiento declarativo de nulidad. Me baso en los tres siguientes argumentos:

(30) GARRIDO FALLA (F.): *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I. Parte general. 3.ª edición, Madrid, 1964, págs. 440 y sigs.

(31) GONZÁLEZ PÉREZ (J.): *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, página 369.

(32) CASTEJÓN PAZ y RODRÍGUEZ ROMÁN: *Derecho Administrativo y ciencia de la Administración*, pág. 149.

1. Los actos nulos no pueden tener acceso al Registro, sean de la clase que sean, pues la amenaza de un tercero protegido exige que el acto en que se base su derecho deba ser válido. Es cierto que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria da por supuesto que en ciertos casos puede ingresar en el Registro un acto nulo y que su inscripción dejará el acto tan nulo como antes de la misma, pero ello no quiere decir que autorice que los actos nulos sean inscribibles. El supuesto que se contempla es el fallo de la función calificadora o los supuestos legales en que así se permite. Que sepamos, dentro de nuestra legislación no existe excepción a este principio, que autorice al acto administrativo nulo poder tener acceso al Registro.
2. Si, conforme al artículo 17 del Fuero de los Españoles, «los españoles tienen acceso a la seguridad jurídica...», y dentro de ella es preciso incluir la seguridad registral que el Registro proporciona al que inscribe su derecho, parece un contrasentido hablar de seguridad jurídica basada en actos que inicialmente están viciados de nulidad (33).
3. El artículo 98 del actual Reglamento Hipotecario, en su redacción, permite esta amplitud, pues en sus párrafos tercero y cuarto se dan facultades al Registrador para apreciar en los actos administrativos si los mismos son nulos o anulables. La nulidad impide la inscripción, mientras que las demás irregularidades administrativas sólo «condicionan» la vigencia de la inscripción.

Solamente queda precisar los casos de nulidad. GONZÁLEZ PÉREZ (34) dice que ésta se produce en los casos del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, esto es: a) Por haber sido dictado el acto por órgano *manifiestamente* incompetente. Lo que determina la nulidad es la evidencia del defecto (casos que tienen sus reflejos en la

(33) Sobre la teoría de la división de poderes, el principio de seguridad jurídica y la justificación de la calificación registral está trabajando ABELARDO GIL MARQUÉS para presentarlo como ponencia en el Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura y luego publicarlo en forma más amplia.

(34) *Op. cit.*, y pág. cit.

expedición de certificaciones administrativas a efectos de inmatriculación, tramitación de apremios administrativos, expropiaciones forzosas y cancelación de cargas que pesen sobre determinados bienes, etc.). *b)* Cuando el contenido del acto sea imposible o constitutivo de delito. La imposibilidad puede ser subjetiva (por no existir el titular del acto), objetiva (por tratarse de cosas o servicios imposibles) y jurídica (revocación de acto ya anulado). Si el acto es constitutivo de delito surge, además, para el Registrador la obligación que le impone el artículo 101 del Reglamento Hipotecario de dar parte a la autoridad judicial, con remisión del documento y la constancia de esa circunstancia al margen del asiento de presentación. *c)* Falta total de procedimiento o no ajustarse a las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (casos que pueden presentarse en los procedimientos de expropiación forzosa, concentración parcelaria, reparcelaciones, etcétera). También son nulas las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

- La capacidad y legitimación de las partes puede y debe ser tenida en cuenta en la calificación registral del acto administrativo. El órgano administrativo que interviene en el acto, bien unilateral, bien unilateralmente, queda sujeto a la calificación a través del examen de su competencia, pues el «manifiestamente» incompetente vicia el acto de nulidad con su intervención. La falta de competencia afectará al aspecto formal del documento, pero no deben olvidarse las Resoluciones de 31 de marzo y 11 de julio de 1936, que conceden al Registrador facultad calificadora en orden a la capacidad contractual del funcionario público.

Es bien cierto que los procedimientos administrativos que exigen cambios de titularidades en forma forzosa o semiforzosa (piénsese en la expropiación, el apremio administrativo, la reparcelación, la concentración parcelaria, etcétera) prescinden un tanto de capacidades y legitimaciones, para que ellas no supongan obstáculos al procedimiento, aunque luego deban ser tenidas en cuenta a la hora en que el acto ya perfecto pretenda su acceso al Registro. Sirvan de ejemplo estos casos: la legislación de expropiación forzosa, en su artículo 6.º, supera las posibles incapacidades

y limitaciones que las partes afectadas por la misma pueden tener, pero exige que la cantidad a que asciende el justo precio se deposite a disposición de la autoridad judicial para que le dé el destino previsto en las leyes. En un reciente trabajo publicado en el *Boletín del Colegio Notarial de Registradores* (35) abordaba este caso que venía incrustado en una testamentaria. Los apremios administrativos parece que en principio no respetan los límites de capacidad, pero, como ya dijo la Resolución de 4 de octubre de 1918, las circunstancias de edad, estado civil y domicilio constituyen requisitos de suma importancia para que se pueda apreciar la validez de las notificaciones (véase hoy día el Decreto de 14 de noviembre de 1968, que aprueba el Reglamento General de Recaudación, que impone una triple notificación: la de la providencia de apremio, conforme al artículo 102; la del embargo, conforme al artículo 120, que exige, además de la del deudor, la del cónyuge, y la providencia de venta de bienes y subasta, conforme al artículo 99 del mismo Reglamento). En el Reglamento de reparcelaciones (Decreto de 7 de abril de 1966) se parte de la base de que la reparcelación de carácter «obligatorio» vincula aun existiendo defectos de capacidad, limitaciones de disponer y otras limitaciones, pero las cantidades que se obtengan deben ser depositadas en el Juzgado o en la Caja General de Depósitos, conforme a la Ley de Expropiación Forzosa. Ello nos lleva a la necesaria calificación registral de esas capacidades y del cumplimiento de ese requisito, sin el cual no puede tener acceso al Registro. Escapa, sin embargo, a la calificación el problema de capacidad en la concentración parcelaria, cuya naturaleza de subrogación real impuesta parece estar por encima de cualquier problema de capacidad.

No quiero dar por terminado este punto relacionado con la calificación del documento administrativo sin referirme a

(35) CHICO ORTIZ (J. M.^a): "Inscripción de partición con expropiación forzosa, menores de edad y albaceas—comisarios—contadores partidores", *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, diciembre 1970, núm. 53, pág. 695. Ratifica esta idea nuestro compañero JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su trabajo "Expropiación de bienes hereditarios, comenzada antes del fallecimiento del causante y existiendo herederos menores de edad", publicado en el núm. 483 de la *Rev. Cr. de D. I.*, pág. 357 (marzo-abril de 1971). y que estudia el mismo problema.

una serie de supuestos de la vida práctica, en la que se nota esa conciencia de «una tercera dimensión» de los funcionarios a quienes la Ley autoriza a formar esos documentos que pretenden su acceso al Registro. De todos es conocido el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, que impone el requisito previo para que el documento se inscriba: que en él conste la nota de pago de los impuestos que lo gravan o la correspondiente de su exención. Pues bien, no he visto todavía una cédula de calificación definitiva de viviendas—que genera la correspondiente nota marginal—que tenga la nota de exención fiscal. No obstante, considero que esa práctica costumbrista debiera ser sancionada legalmente y eso daría más agilidad al despacho de documentos, sin merma de su repercusión fiscal. Es muy frecuente que en los expedientes de expropiación forzosa se describan las fincas en el *acta previa* a la ocupación (basándose en una incorrecta interpretación del art. 52 de la vigente Ley) y luego en el *acta de ocupación* se omita la descripción de las fincas relacionándose, por una simple referencia numérica del expediente de la finca, esta acta con la previa de ocupación. Ello supone una incorrección hipotecaria, pues lo que se inscribe no es el «expediente», sino el *acta de ocupación* (sin perjuicio de que la previa provoque una posible anotación), y este documento no reúne los requisitos del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento (36).

Si de estas campos pasamos al del Patrimonio del Estado, notaremos también ciertas originalidades dignas de ser tenidas en cuenta. La Ley del Patrimonio del Estado, en su intento de pureza administrativa de conceptos, diferencia la «adscripción» de bienes a favor de los organismos autónomos y la «afectación» de bienes al dominio público (arts. 80 y 113 de la vigente Ley de 15 de abril de 1964). Pues bien, en ambos casos se suele proceder de igual forma: se otorga un acta por el representante de la Hacienda y el del departamento u organismo autónomo «con arreglo a un modelo oficial» en el que se dice la siguiente frase jurídica: «El delegado de Hacienda, por delegación de la Dirección General del Patrimonio del Estado, hace entrega al representante del organismo o departamento que sea, quien *recibe la finca y toma posesión de la misma.*»

(36) Véase el trabajo «Mini-problemas hipotecarios», publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1969, págs. 50 y sigs., basado en la conferencia que, con motivo de la clausura del curso 1968-69 del Seminario de Derecho Hipotecario Valladolid-Salamanca, pronuncié en Santiago de Compostela.

¿De verdad sirve de algo en estos casos el artículo 5.º de la Ley Hipotecaria? Creo sinceramente que con una revisión de los «modelos oficiales» podría lograrse esa pureza de conceptos y no forzar preceptos hipotecarios; pero es difícil entrar en esos campos en los que a las donaciones se las denomina «cesiones gratuitas».

El campo de la esfera provincial, con su amplio poder de mando, ofrece casos auténticamente singulares. El gobernador civil, como presidente de la Junta Provincial de Asistencia Social, ordena por un *oficio* la cancelación de una carga que pesa sobre una finca y que fue impuesta por la testadora a favor de los pobres, aunque la Dirección General de Asistencia Social y Política Interior había resuelto la cancelación a cambio de la adquisición de unas cédulas intransferibles al 4 por 100. Si de la esfera gubernativa pasamos a la local, el panorama se oscurece todavía más. Los «niveles de competencia» (37) de que habla PETER, son más atractivos. Me voy a referir a un caso curioso que puede ser haya provocado un conflicto de niveles de competencia. El Reglamento de Bienes y Servicios de las Entidades Locales (Decreto de 27 de mayo de 1955), en su artículo 96 exige, en los casos de *cesión gratuita*, un expediente en el que se hace preciso justificar por certificación registral que los bienes fueron adquiridos a título gratuito por la entidad local respectiva, o que, habiéndolo sido a título oneroso, han transcurrido *treinta años* desde la fecha de la adquisición. Si esta circunstancia, junto con las demás, no se cumple, debemos preguntarnos: ¿El Registrador puede inscribir esa cesión gratuita, aun habiendo sido aprobado el expediente? Entiendo que la «legalidad de las formas extrínsecas» de que nos habla el artículo 18 de la Ley Hipotecaria debe relacionarse con la última frase del artículo «por lo que resulte... de los asientos del Registro», y sobre esa base—sin tocar la validez o nulidad de acuerdo que aprueba el expediente—denegar la inscripción (38).

(37) Ver la fabulosa tesis mantenida por LAURENCE J. PETER y RAYMOND HULL en su ingenioso libro *El principio de PETER o tratado de la incompetencia, o por qué las cosas van siempre mal*, 1971.

(38) Estimo, y así lo intentaré exponer en un pequeño esquema que publicaré en breve, que en estos casos lo que de verdad existe por el juego del artículo 96 del Reglamento de Bienes y Entidades Locales es una *prohibición de disponer* a título oneroso, de carácter legal y supeditada al transcurso de una serie de años.

- *Influencia constructiva*.—Fue don JERÓNIMO GONZÁLEZ (39) quien supo destacar la gran importancia de la función calificadora y el carácter patriarcal con que se ejerce, advirtiéndole a los interesados de los defectos que a su petición se oponen y hasta aconsejándoles el modo de subsanarlos, desempeñando así una función noble.

El Registrador de la Propiedad—sigue diciendo don JERÓNIMO—, en quien el Estado ha delegado la función calificadora, es un órgano hipotecario de la llamada jurisdicción voluntaria, miembro del gran todo a quien corresponde la aplicación del derecho. Sus funciones implican deberes de censura y juicio, que van íntimamente unidos con los derechos de examinar los documentos y libros en que ha de apoyarse la calificación.

De esa función noble debe desprenderse inevitablemente una labor constructiva, pues al devolver el documento se aconseja la forma de subsanar el defecto. No se diga que esta función, ejercida después que el documento ha sido «construido» por el Notario, es fácil y lleva crítica destructiva, pues a la negativa de la inscripción le sigue casi siempre la solución viable para que el acto pueda ingresar en el Registro. En mi ya mediana experiencia de «funcionario encargado de la registración» puedo decir que los casos difíciles me han sido consultados antes y, después de ser estudiados conjuntamente, se han plasmado en el documento conforme a las soluciones dadas, haciendo así una especie de calificación «anticipada».

Nadie niega al cuerpo notarial esa labor que VALLET DE GOYTISOLO (40) denomina de interpretación, integración y fijación, añadiendo lo que CASTÁN, siguiendo a CORNIL, decía: «Los prácticos del Derecho, y especialmente los Notarios, recogiendo las pulsaciones del medio social, han adaptado las leyes a las necesidades y tendencias de cada momento histórico, con medios ingeniosos que han sido uno de los más interesantes factores de la evolución del Derecho», pero esa labor constructiva debe tener el gran freno, también constructivo, de la calificación registral para evitar auténticas fantasías sin base legal.

(39) *Op. cit.*, pág. 432.

(40) VALLET DE GOYTISOLO (J.): "La misión del Notario", *R. D. N.*, abril-junio 1957, págs. 393 y sigs.

Quizá VALLET acierte a tomar el pulso a la situación, cuando dice: «Hoy día la labor del Notario en la adaptación de la norma a la vida jurídica tiene ante sí el freno de la calificación de los Registradores de la Propiedad. Este freno puede ser saludable si consigue evitar subjetivismos o fantasías. Pero puede ser contrario a la vida jurídica si actúa meramente como cancerbero de la letra de la Ley, en contra de las verdaderas necesidades jurídicas vitales...». Termina con una alusión a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, que tendrían un grave inconveniente si supusiesen un dique insalvable para la progresiva elaboración notarial del Derecho o si fueran un coladero de todo criterio subjetivista.

Planteado el problema en estos últimos términos, y teniendo en cuenta que una de las aristas en las que funciona la función calificadora es en el de la selección—a la vista del título—de lo que es real y lo que es personal, según frase de GONZÁLEZ PALOMINO (41), para sólo dejar paso a lo que tenga trascendencia real y excluir todo lo que sea personal u obligacional, surge la inevitable interrogante de si este Registro de auténticas «purezas reales» va a servirnos en lo sucesivo para atender a las futuras exigencias y nuevas concepciones que la vertiginosa rapidez histórica traiga consigo. Entre el «dique» y el «coladero» tenemos que encontrar una fórmula intermedia que dé garantías registrales a fórmulas nuevas y sepa excluir aquellas cosas que sólo vinculan a las dos partes contratantes y no pueden nunca afectar al tercero. El problema es actual y lo estamos palpando con esa serie de inscripciones de estatutos, reglas, urbanizaciones, propiedades horizontales, reparcelaciones, comunidades, garantías, reservas, etc. Por encima de todo debe quedar a salvo el principio que justifica sobradamente la institución registral: me estoy refiriendo al Fuero de los Españoles, que en su artículo 17 sanciona que «los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica...».

- *Carácter personal.*—Se trata de un poder y una función personal. Es el Registrador quien debe calificar bajo su exclusiva responsabilidad, sin que pueda dudar ni suspen-

(41) GONZÁLEZ PALOMINO (J.): *La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, edición separata, pág. 22.

der su juicio, ni siquiera consultar a la Dirección General (arts. 18, 99 y 273 de la L. H. y 481 del R. H.).

No puede decirse que es personalísima, salvo cuando se deniegue o suspenda el asiento solicitado, pues en los casos de ausencia y licencias oficiales puede el sustituto calificar, careciendo el mismo de la facultad denegatoria o suspensoria, ya que las notas en que así se haga constar deben estar firmadas por el Registrador (art. 554 del R. H.).

La calificación hecha por un Registrador no vincula a los demás. Quizá aquí resida la gran defensa de esta facultad, que si estuviera «uniformada» nos llevaría inevitablemente a la «máquina». En cuanto el Registro deje de llevarse como hasta ahora y la escritura manual se sustituya por la mecánica, cuando las hojas sean intercambiables, cuando en vez de un extracto del título utilicemos casilleros, cuando la velocidad venza al sistema, sólo nos quedará la calificación seriamente amenazada por eso que modernamente se llama cibernética (42). Aunque la preparación es igual, los criterios pueden variar; por eso el artículo 116 del Reglamento Hipotecario admite posibles discrepancias entre la calificación de dos o más Registradores. Quizá conviniera «unificar la práctica», pero eso ya se intentó en el campo notarial y los resultados negativos son de todos conocidos.

El carácter personal de la calificación no le quita la posibilidad del recurso que contra la misma establece la Ley Hipotecaria (art. 66 y concordantes). El carácter personal de la calificación le da autonomía frente a las Resoluciones de la Dirección General que vinculan en un caso concreto, pero que no sujetan para que la calificación se ajuste a la doctrina del Centro Directivo, aunque éste sea preci-

(42) Estimo que debe pensarse seriamente en este problema, y que la única forma de superarlo es mantener a todo trance este poder legal calificativo que la Ley nos concede y que, a mi entender, es difícil de sustituir por la máquina. No hace poco se decía en una publicación periódica que la introducción de los ordenadores en las empresas y en las oficinas públicas ha despertado esperanzas exageradas, pronto templadas por fiascos, a veces desastrosos. El autor del artículo "La informática desmitificada" (FRANCISCO CHENIQUE) decía que en materia de gestión la precisión matemática no tiene mucho interés; que el ordenador no sirve para la redacción de documentos jurídicos; que el ordenador no es una "máquina que piensa", pero, sin embargo, es una máquina lógica; el ordenador razona infinitamente más deprisa que un hombre, pero el campo de razonamiento cubierto por su eficacia es muy estrecho. No lo hagamos más amplio y evitemos a toda costa suplencias en nuestro poder jurídico.

samente el posible cauce «unificador» de criterios calificadores.

- *Reflejo formal.*—Siguiendo a don JERÓNIMO GONZÁLEZ, habíamos dicho que la calificación es un oficio noble, donde no solamente se advierte al interesado del defecto, sino que se le aclaran los medios para su subsanación. Es noble, constructiva y señorial. No otra cosa vienen a significar esos artículos del Reglamento Hipotecario (106 y 434), que no obligan al Registrador a plasmar—salvo petición expresa—la calificación, el defecto o defectos, los motivos en que se basa y el alcance subsanable o insubsanable de la misma.

Contrariamente a esta normativa, la Orden de 9 de marzo de 1964, en las expropiaciones por razón de urbanismo, ordena que el Registrador exprese siempre al pie del título el defecto y señale en un oficio especial dirigido al organismo expropiante los defectos observados, su trascendencia, el precepto legal infringido y la forma de subsanación. Lo cual nos lleva de la mano a seguir considerando eficazmente constructiva la labor calificadora con proyección administrativa, aunque esa exigencia sobrepase los límites patriarcales antes apuntados.

Cuando de documentos judiciales se trate, el artículo 133 del Reglamento Hipotecario exige al Registrador que su calificación se refleje en la nota al pie del mandamiento explicando los fundamentos de su negativa o suspensión.

Conforme al artículo 434 del Reglamento Hipotecario, y relacionando la calificación con la selección que el Registrador debe hacer entre lo real y lo obligacional, existe una especie de portillo abierto para que el Registrador seleccione lo real y rechace lo obligacional, siempre que haga constar al pie del título que el presentante del documento accede a que se inscriba el título sin esos pactos que a juicio del Registrador son puramente obligacionales. Debemos citar a este respecto la Resolución de 17 de septiembre de 1968, en la que se dice que, cuando de acuerdo con el presentante del documento, no se inscribe uno de los pactos contenidos en la escritura calificada, basta hacer constar en la nota esta circunstancia sin que haya que expresar las causas o razones por las cuales no se inscribió. Considero que esta es una interpretación contraria a

ese oficio noble, señorial y constructivo de que antes habíamos, pero que en determinadas ocasiones es un recurso lícito y legal.

b) *Sus dificultades en el momento actual.*—A mi entender, las tres grandes dificultades con las que tropieza la calificación registral pueden concretarse de la siguiente forma: 1) La profusión y prodigalidad legislativas. 2) Las grandes oscuridades para separar lo real de lo obligacional; y 3) La serie de formas nuevas que la evolución jurídica trae consigo y que son de difícil encaje en las técnicas antiguas o en las figuras tradicionales.

1. De la profusión y prodigalidad legislativas merece la pena destacar una serie de datos que con su elocuencia evitan todo posible comentario. Transcribo de diversos periódicos los siguientes datos y frases: «El presidente de las Cortes manifestó a los periodistas que durante el año que acaba de terminar (1956) habían sido aprobadas por las Cortes, desde su iniciación, dos mil ochenta y dos leyes...». «Hay materias y actividades que por incidir en ellas la competencia de diversos departamentos y organismos dan lugar a una serie de decretos, órdenes, circulares y disposiciones que sólo los profesionales del Derecho—y no cualquiera, sino los especialistas—pueden conocer y agrupar en torno a cualquier cuestión que surja, relacionada con aquellas materias y actividades...». «La Comisión de Hacienda de las Cortes dictaminó en *treinta y cinco* minutos tres proyectos de Ley...». «Según una curiosa estadística, la inflación ha continuado un ritmo ascendente en la actuación legislativa. Ochenta y cuatro leyes, diecisiete decretos-leyes, tres mil ciento sesenta y siete decretos y varios miles de órdenes, circulares, resoluciones, rectificaciones, enmiendas, etc..., es el resumen impresionante de esta actividad. El *Boletín Oficial del Estado*, cuyo conocimiento es preceptivo para todos los españoles, ya que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, ha superado la cota de las diecinueve mil páginas, excediendo en más de mil al año precedente...». «En menos de una semana, si se descuentan los días festivos; en menos de una semana, aunque haya habido días de sesiones mañana y tarde; en menos de una semana, decimos, se ha dictami-

nado, se ha discutido y aprobado, en el seno de la correspondiente Comisión, la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables...», así comenzaba no hace mucho un editorial de ABC bajo el título «Velocidad y Meditación Legislativa». Cierro esta serie de citas periodísticas con un comentario jocoso de EVARISTO ACEVEDO (43): «Nadie ignora que España constituye uno de los países europeos de mayor producción legislativa. Salimos—según las estadísticas—a unas 8,6 leyes diarias. Para facilitar la tarea de abogadito hispano—medio enloquecido con tanto texto legal—se publica *Aranzadi*, repertorio cronológico de legislación, que proporciona en cómodas entregas la legión de leyes de la semana...».

Magistralmente, GARCÍA DE ENTERRÍA (44) dijo hace poco en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: «Quizá el jurista de Derecho Civil, formación que es aún la predominante entre los juristas profesionales, no es plenamente consciente de este fenómeno de la invasión desbordante de las normas administrativas, aun cuando las mismas estén ya también penetrando decididamente en su viejo y tranquilo *hortus conclusus*. El jurista tradicional tiene, podríamos decir, una concepción *plana* de la Ley, concepto con el que identifica—y así interpreta sin más las referencias únicas a este término, que se contienen en el Título Preliminar del Código Civil—toda norma impuesta por el Estado, de cualquier origen y contenido. Suele ser el administrativista el que, por la misma fuerza de las cosas operantes en el ámbito en que ha de moverse, se acerca al orden normativo escrito con la inexcusable conciencia de una «tercera dimensión», de una perspectiva en profundidad, que viene de la acumulación sobre un mismo problema indivisible de normas escritas de muy distinta procedencia y valor.»

Ya no bastan para calificar los clásicos textos legales. En cuanto decide el funcionario dar descanso a su mente por una temporada, se le cuelan de rondón dos órdenes ministeriales que obligan a no enajenar o que exigen una especial notificación a una entidad bancaria, pongo por

(43) ACEVEDO (E.): *El despiste nacional*, tomo II. Madrid, 1971, pág. 41.

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.): «Legislación delegada y control judicial». Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1970, pág. 7.

ejemplo. La seguridad jurídica debe supeditarse al desenvolvimiento del Derecho, todo ello mediatizado por los criterios de retroactividad o irretroactividad de la norma, pero una cosa es desenvolver el Derecho y otra crear una maraña legislativa de muy dificultosa aplicación. No creo que el ritmo de la vida moderna exija esta rapidez y profusión legislativa. Sigo creyendo que las leyes y esa «tercera dimensión» deben meditarse serenamente. Si las leyes fuesen buenas, no habría necesidad de modificarlas constantemente. Lëgislador que se prodiga quiere decir que no tiene mucha confianza en sus disposiciones. GONZÁLEZ PALOMINO (45) lo decía empleando el anagrama del CAFE.

2. Sobre la calificación registral pesan fundamentalmente tres artículos de la Ley y del Reglamento que deciden la materia que debe ser objeto de la inscripción. Conforme a los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º y 9.º del Reglamento para su aplicación, sólo deben inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales constituidos sobre los bienes inmuebles, debiendo rechazarse la obligación de constituir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos anteriormente citados, y en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento, o se tome anotación preventiva cuando proceda. Igualmente cabe la inscripción—aparte de los supuestos especiales del art. 2.º de la Ley Hipotecaria—de cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifi-

(45) *Op. cit.*, tomo I, pág. 120 del *Apéndice navarro al prólogo*, en el que dice: «Los aficionados al buen café, entre los que (aunque indigno) me cuento, decimos que un café bien hecho debe reunir las cualidades que inician las cuatro letras de su nombre: caliente, amargo, fuerte y escaso. No sería nada malo para ningún sistema jurídico que sus leyes tuvieran aroma de café y fueran: cortas, antiguas, flexibles y escasas. En Roma se dio el caso inverso: el material legislativo era “impresionantemente escaso” porque, según dice SCHULZ, “el pueblo del derecho no fue el pueblo de la ley”. La eficacia creadora de la jurisprudencia romana lo explica. Y explica también el porqué los aprendices de juristas seguimos estudiando Derecho Romano: “no como un sistema perfecto de Derecho, sino como un proceder perfecto de los juristas”.»

que desde luego en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

Conforme a esta normativa—reforzada en muchos otros artículos, citando ahora solamente el 98 de la L. H.—, es evidente que la calificación debe rechazar todo aquello que se encuadre en el campo obligacional, admitiendo todo lo que tenga trascendencia real, pues la doctrina del *numerus clausus* queda superada a través de la posibilidad última antes apuntada de la inscripción de cualquier acto o contrato con trascendencia real.

Puestas las cosas así, la dificultad de la calificación se hace ya histórica, pues ni la doctrina ni la legislación han sabido llegar a una plena pureza en el deslinde de lo que es derecho real y derecho obligacional. No es posible traer aquí todo el entramado de la discusión, y, por ello, nos remitimos a la magnífica exposición que del problema hace en la actualidad ROCA SASTRE con la inevitable aportación de la tesis de GIORGIANNI (46). Si históricamente el problema ha sido discutido, en la actualidad pesan sobre el mismo críticas constructivas que tratan de superarlo. Por no citar muchos trabajos, que hagan difícil centrar la problemática actual, me voy a limitar al que con motivo del Centenario de la Ley Hipotecaria expuso magistralmente VALLET DE GOYTISOLO (47), en el que se planteaban una serie de cuestiones de palpitante actualidad, como la de la determinación del número de figuras típicas susceptibles de trascendencia real (estudiando figuras discutidas como la del tanteo y el censo vitalicio), el problema de si todo derecho inscrito es real (con las consecuencias del precio aplazado, la adjudicación de un inmueble para pago de crédito y el derecho de los reservatorios), las adjudicaciones para destinar los bienes a un fin determinado y el problema de su abstracción de la causa; la delimitación en una relación jurídica compleja entre lo real y lo personal (estatutos de comunidades, reglamentos de comunidades de aguas, pacto anticrético de compensación de intereses,

(46) GIORGIANNI (M.): *L'obbligazione*, 2.^a edición, Milán, 1951, págs. 86 y siguientes.

(47) VALLET DE GOYTISOLO (J.): "Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero", A. A. M. N., tomo XIV, págs. 19 y sigs.

cláusula penal para caso de violación de una servidumbre, etc.); terminando con el intento de una superación constructiva del problema de la eficacia respecto a terceros de los derechos y su relación con su inscribibilidad y su efectiva inscripción registral. Creemos que esta enunciación de materias sirve para dar una visión genérica del problema.

3. El tercer punto de la dificultad está en la aparición de nuevas figuras que reclaman protección registral al amparo del principio de la «seguridad jurídica».

Se hace necesario precisar que no nos estamos refiriendo a «nuevos derechos reales», pues la aparición de los mismos es dificultosa aún y a pesar del sistema de *numerus apertus*. ROCA SASTRE (48) dice que no es nada fácil que los particulares puedan adoptar nuevos tipos de derechos reales, ni puedan ser considerados como tales ciertos pactos que, a lo más, sólo alcanzan a tener trascendencia en perjuicio de terceros como carga o gravamen real, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real. Esta opinión ya la había plasmado GONZÁLEZ PALOMINO (49) al decir que «con *numerus apertus* y todo, resulta que todo se reduce a dominio, a derechos reales limitativos del dominio, a derechos reales de adquisición y a derechos reales de garantía..., pues la función de la voluntad se reduce a la fijación y determinación del objeto, de las condiciones, de las garantías y de los límites. Y es que faltan poder e imaginación para inventar derechos reales».

No es a nuevas figuras de derechos reales a lo que nos referimos, sino a situaciones creadas por el desenvolvimiento de la vida moderna que exigen soluciones registrales, aunque provisionalmente se les haya dado alguna de emergencia. Es difícil ser exhaustivo en esa posible enumeración, pero si esta la califico como de enunciativa, salvo airoosamente mis posibles olvidos.

Debemos pensar serenamente en esa multiplicación de figuras que el turismo ha provocado con los llamados complejos o conjuntos inmobiliarios, solucionados, como to-

(48) *Op. cit.*, pág. 636 (tomo II).

(49) GONZÁLEZ PALOMINO (J.): *Liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, edición separata, pág. 25.

dos sabéis, *tumbando* la propiedad horizontal (50); la figura jurídica, surgida por la tremenda dimensión adquirida por el automóvil, de la propiedad de los aparcamientos y sus posibles soluciones prácticas a través de la comunidad o propiedad horizontal; los apartoteles y eurooteles en sus diferentes y especiales modalidades; los apartamentos, *bungalows* y otra serie de alojamientos turísticos; las casas a caballo y casas empotradas; las ciudades en vacaciones; centros y zonas de interés turístico, etc.

A su lado se hace preciso destacar los numerosos supuestos en los que el legislador se vale del Registro para afectar los inmuebles por medio de notas marginales de dudosa posibilidad registral (51) o para considerar gravados los mismos con una «carga real» (ver el Reglamento de Reparcelaciones de Suelo Urbano o el Reglamento de Edificación Forzosa, que utilizan la añeja denominación de *carga real*).

También cabe aludir a esa serie de cláusulas que se incrustan en las hipotecas—a las que nos referimos seguidamente—, y en cuya virtud se impone un interés variable, un exceso de interés en concepto de comisión, una prohibición de arrendar por menos precio del fijado o una obligación de notificar en caso de arrendamiento, una prohibición de disponer como consecuencia de una orden ministerial, etc.

II

LO REAL Y LO PERSONAL EN LA HIPOTECA

La serie de formularios que sobre asientos registrales de hipoteca se han publicado—incluidos los «oficiales»—al llegar al problema crucial de la consignación de las estipulaciones del contrato obligacional, ponen puntos suspensivos y la advertencia de que se consignent únicamente «aquellas cláusulas que tengan trascendencia real». Confieso que con las hipotecas aún no estoy muy familiarizado, no las he apeado el trata-

(50) SAPENA TOMÁS (J.): "Problemática de las urbanizaciones privadas", *R. D. N.*, 1967, pág. 63.

(51) DELGADO ROLLÁN (I.): "Notas de afección por impuestos en las viviendas de protección oficial", *R. Cr. D. I.*, pág. 1605 (año 1969).

miento y las tengo cierto respeto; pero ello no me libera de tener que reflexionar sobre lo que debo consignar y lo que debo eliminar del asiento registral.

De algunos de los casos que se me han presentado, y partiendo —como es natural— de las cláusulas normales que suelen incluirse en toda hipoteca voluntaria, voy a intentar precisar lo que a mi entender es obligacional y lo que puede tener trascendencia frente a tercero, cuya aparición es la que realmente interesa a estos efectos.

Parece ocioso advertir que, al ser la hipoteca un derecho real de garantía, se hace imprescindible que en el Registro conste el crédito en garantía de cuyo cumplimiento se constituye la hipoteca, formándose así lo que se ha denominado crédito hipotecario, en el que la hipoteca tiene un carácter accesorio, aunque tal dogma sea discutido. Fuera de esta innegable necesidad de hacer constar la obligación, puede perfectamente distinguirse en las estipulaciones que la configuran cláusulas con carácter puramente vincutivo entre partes y otras que tienen trascendencia real o que la ley les otorga este carácter, así como aquellas otras que teniendo marcadamente un aspecto personal ingresan en el Registro a través de una condición. En principio puede decirse como norma general que deben figurar en la inscripción todas aquellas circunstancias que son consecuencia del principio de determinación. Para descender a detalles se hace preciso la distinción siguiente:

- a) *Cláusulas obligacionales.*—Claramente creo que pueden encuadrarse en el campo obligacional que vincula sólo a las partes estipulantes y sus herederos, conforme al artículo 1.257 del Código Civil, todos aquellos pactos que no se refieran al valor del crédito principal, plazo y posibles prórrogas de vencimiento, pacto de intereses, constitución de hipoteca, extensión objetiva de la garantía, los que exige el procedimiento de ejecución y los que delimitan la garantía. Por todo ello, la enumeración debe quedar concretada a los siguientes:
 1. La cláusula por la que se obliga al deudor a conservar como un diligente padre de familia la finca hipotecada, haciendo en ella los reparos necesarios para su conservación, a fin de que sus productos no se amengüen.
 2. La que impone al deudor el compromiso de tener asegurada de riesgo de incendio la cosa descrita en una compañía de «solvencia» y a pagar con absoluta puntualidad las primas o dividendos del seguro de incendios.

3. La obligación de satisfacer las contribuciones o impuestos de todas clases, ordinarios y extraordinarios, establecidos o que en lo sucesivo se establezcan por el Estado, la provincia, el municipio o cualquier otra corporación o entidad oficial, así como estar al corriente en el pago de la amortización del préstamo.
4. La de sufragar cuantos gastos se ocasionen con motivo del otorgamiento de esta escritura y de una primera copia de la misma *hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad*, los de cancelación en su día y los impuestos que por todo ello debe satisfacerse a la Hacienda (52).

Pueden citarse, además de las expuestas, otra serie de estipulaciones referentes a indemnizaciones por incumplimiento de obligaciones establecidas y las especiales derivadas de las diferentes clases de hipoteca. Existen, sin embargo, ciertas cláusulas que ofrecen problemas interpretativos en su encuadramiento jurídico, tales como:

- a) Las cláusulas de no arrendar y de no enajenar o hipotecar. Estas cláusulas realmente están fuera del objeto de la inscripción, pues las de no hipotecar quedan prohibidas por el número 3 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, las de no enajenar y no arrendar u otorgar otros actos inscribibles vienen prohibidas por los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria y por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros (30 de junio de 1913, 9 de junio de 1914, 9 de marzo de 1918, 6 de julio de 1917 y 26 de julio de 1928), insistiendo la misma Dirección en que ese tratamiento prohibitivo debe ser aplicado a aquellos casos en los que dichas cláusulas prohibitivas en caso de incum-

(52) En un conocido programa televisivo, los días 27 de julio y 5 de octubre de 1970, el profesor CRIADO DEL VAL comentaba gramaticalmente esa fórmula de estilo en cuya virtud "todos los gastos de la presente escritura *hasta* los que se produzcan en el Registro serán de cuenta.", diciendo que con ella se eliminaban de la misma los gastos registrales, ya que la preposición *hasta* expresa el término o la cantidad a que puede llegar una cosa. Esté o no mal expresado (caso que se podría subsanar diciendo que los gastos de la escritura *incluidos* los del Registro), lo cierto es que la costumbre interpreta la frase "llegar hasta Valladolid" y la de "los gastos de la escritura *hasta* los del Registro", considerando que no se queda uno a las puertas de Valladolid, ni el obligado al pago se libera de los gastos del Registro. Estimo que el profesor citado, me imagino que con sólo buenas intenciones gramaticales, desconoce que la cláusula de estilo tiene un sentido jurídico, aunque sea incorrecta gramaticalmente. No debemos olvidar que la inscripción cierra el ciclo de protección del derecho adquirido, y *hasta* que eso se verifique no queda plenamente garantizada la constitución o adquisición del mismo.

plimiento precipitan el vencimiento de la obligación (Resoluciones de 25 de noviembre de 1935 y 4 de noviembre de 1968).

Dentro de estas cláusulas existen ciertas variantes, como aquella en cuya virtud se prohíbe el arriendo en menos de una cantidad determinada, con prohibición de percibir el plazo del mismo arriendo en plazos superiores a una mensualidad. Prohibición que, al no ser absoluta y poderse encuadrar actualmente en el número 2 del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, puede poner un interrogante en su validez. Estimo que si con ella se trata de salvar la posible «disminución de valor del inmueble», su validez es evidente, aunque su inscripción sea discutible, pues no hay que olvidar que la protección frente a un posible arrendamiento lesivo está ya en la Ley a través de la norma citada. Otra modalidad del arriendo supone la imposición de la obligación de *notificar* cualquier proyecto de arrendamiento de la finca al acreedor, el cual, dentro del plazo de un mes, tendrá el derecho de tanteo en relación con el arrendamiento proyectado. Esta cláusula, creemos que así redactada es incompleta para configurar un verdadero derecho de tanteo con eficacia *erga omnes*, y solamente si el mismo reuniese los requisitos que marca la doctrina para su constatación registral podría ser admitido.

En materia de cláusulas de no enajenar se hace necesario precisar aquella que suele imponerse en los llamados préstamos para la adquisición de una vivienda sobre la base de cuentas individuales de ahorro-vivienda, regulado todo ello por la Orden de 17 de octubre de 1966, y en cuya virtud el préstamo se llevará a efecto bajo las condiciones que se enumeran, entre las cuales está la señalada con la letra g) del artículo 4.º de la citada Orden, en la cual se dice que «hasta la cancelación del préstamo no se podrá enajenar la vivienda, ni alterar su destino originario». Creo que esta condición que se impone al peticionario del préstamo es puramente obligacional y no puede tener el carácter de prohibición legal de disponer, sin perjuicio de que afecte a las relaciones entre la entidad concedente y el beneficiario del préstamo. Salvo que fuera una condición resolutoria, la prohibición no tendría nunca acceso, ya que, aunque la reputásemos legal, ésta tendría

la publicidad suficiente para afectar a tercero sin necesidad de su constatación.

b) Tres cláusulas quedan en este peregrinaje por el campo de la hipoteca. Todas ellas se refieren a los intereses. El pacto de intereses es decisivo para la terminación de la garantía. El tercero hipotecario debe saber de qué debe responder y hasta dónde debe responder, admitiendo el pacto en contra del límite legal que señala en esta materia el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Lo que ya está en tela de juicio es la posibilidad de admisión del pacto en el que se fije un posible interés variable, un pacto adicional de cantidad en concepto de comisión y un interés superior desde que se inician los trámites de ejecución. Sin estar en posesión de verdades absolutas trato de estos puntos en otro lugar (53).

b) *Cláusulas resolutorias y reales.*—Si el plazo a partir del cual debe entenderse cumplida la obligación y expedita la acción real o personal para la realización de la garantía es requisito imprescindible que debe constar en la inscripción (aunque sólo lo fuera a los efectos de la prescripción de la acción, conforme al art. 128 de la L. H., o de la caducidad, conforme a la Disposición Transitoria tercera de la L. H.), es evidente que toda circunstancia que pueda afectar a ese plazo o considerarlo como vencido bajo una condición resolutoria debe ser inscrita, sin perjuicio de que pueda serlo al amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

En suma, todas aquellas obligaciones a que antes aludíamos, si se estipulan bajo la condición de que su incumplimiento determina la resolución de la obligación y el cumplimiento final del plazo, deben tener acceso al Registro, salvo aquellas referidas a la prohibición de hipotecar, arrendar o enajenar a las que les ha negado posibilidad la Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de noviembre de 1935, ratificada por la de 16 de junio de 1936.

Con ello, la inscripción extensa de la hipoteca puede transformarse en «extensísima», pues la «literalidad» de la copia de las condiciones a que obliga el artículo 51, regla 6.^a del Reglamento Hipotecario, lleva a una transcripción casi íntegra del documento que contiene el préstamo hipotecario, dada la

(53) CHICO ORTIZ (J. M.^a): "Hipoteca en garantía de interés variable", *R. D. N.*, julio-diciembre 1970, pág. 263.

prodigalidad literaria con que las minutas «impuestas» se manifiestan. De las diversas soluciones «ideales» para resolver el problema (volver al antiguo sistema del libro especial de hipoteca, unificar la práctica notarial a este respecto, referirse a cláusulas contenidas invariablemente en escrituras con referencia a la disposición legal que las atuerice o imponga, practicar una inscripción extensa y referirse por remisión a ella en las concisas, etc.), creo que lo más acertado es llegar a una interpretación de la palabra «literalidad» que emplea el Reglamento, complementando una disposición legal. No creo que la literalidad quiera decir «copiar al pie de la letra» la condición, sino sintetizar, extraer la esencia de la condición, para que ésta pueda ser conocida por el tercero en su dimensión resolutoria. Otra solución más dudosa sería la de expresar en la inscripción que el crédito hipotecario quedará resuelto al incumplirse cualquiera de las condiciones establecidas en la escritura en sus apartados correspondientes, lo cual significaría otorgar simultaneidad publicitaria o complementaria a la escritura junto al Registro.

Como pactos de trascendencia real debemos señalar los que la Ley admite como registrables y aquellos otros que se derivan de la ejecución hipotecaria:

- a) Dentro de los primeros están los que se refieren a la cantidad de la obligación (en «dinero efectivo» conforme a lo que disponen los arts. 12 y 131 de la L. H. y 1.435 de la L. E. C.), los referentes a los intereses, costas y gastos (arts. 12, 114 de la L. H. y Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1945), los referentes a la extensión de los bienes hipotecados (arts. 110 y 111 de la L. H.) y los que puedan provocar la asunción del débito por el nuevo acreedor (art. 118 de la L. H.).
- b) Dentro de los segundos es preciso comprender los que señalan la competencia del Juzgado para entender el procedimiento judicial sumario, al amparo de lo que dispone el artículo 131, regla 1.^a. No obstante, cabe señalar con GUASP (54) que las partes no pueden modificar el criterio de competencia objetivo o funcional, y sí sólo alterar la intervención del Juez de Primera Instancia que por razón del territorio debía conocer el asunto privativamente.

(54) GUASP (J.): *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*. Barcelona, 1951, págs. 82 y sigs.

Otro pacto que debe reflejarse registralmente es el del procedimiento utilizable, el del domicilio para la práctica de requerimientos con su posibilidad de alteración conforme al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, y el de tasación de la finca, que con anterioridad a la Ley Hipotecaria vigente podía suplirse (conforme al art. 133) mediante la presentación de un documento público en que contara la conformidad de los interesados con un precio de tasación, pero que actualmente carece de viabilidad, conforme dice GUASP (55). (Ver Resoluciones de 11 de febrero de 1911, 4 de diciembre de 1929 y 15 de diciembre de 1925.)

Uno de los pactos que más problemática plantean es el de administración o «posesión interina» de la finca a que se refiere la regla 6.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Existe sobre la materia una Resolución de 13 de junio de 1935, en la que en uno de sus considerandos se decía que el pacto consignado en la inscripción de hipoteca de que el acreedor adquirirá la administración de la finca una vez instado el procedimiento judicial sumario, sólo puede tener el alcance de hacer pública la facultad que, llegado el caso, se ha reservado el acreedor, y la posibilidad de que dicha administración pueda afectar, al ser ejercitada, a los que con posterioridad a la inscripción de la hipoteca adquieran algún derecho real sobre la finca, pero no el efecto de conceder la administración, ni el de impedir actos dispositivos del dueño, ni el de provocar el cierre del Registro.

Considero que esta doctrina era válida para la legislación vigente en el momento de ser publicada la Resolución, pero no en la actual legislación hipotecaria, donde los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no son inscribibles (56), conforme dice el artículo 5.^o de la Ley Hipotecaria, aparte que dicho pacto suele establecerse en razones de seguridad «conservativa» de la finca y por desconfianza de la persona del deudor, pero significaría que el tercer adquirente quedase subrogado en las mismas condiciones y «cualidades» del primitivo deudor.

(55) *Op. cit.*, pág. 109.

(56) De todos es conocido el artículo 5 de la Ley Hipotecaria ("Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles"), pero ya no será tan conocida la anécdota que se cuenta del mismo y conforme a la cual, basándose en su letra, se dice que es un artículo que permite la inscripción de todos los peces, menos la del "mero".

III

HIPOTECA DE UNA PORCION O CUOTA INDIVISA

El supuesto que puede provocar discusión presupone el hecho de que una determinada persona sea dueña de una mitad indivisa de una finca (siendo igual que se trate de rústica o urbana). Esa mitad indivisa le puede pertenecer por cualquier título, pero de todas formas figura inscrita en el Registro de la Propiedad a su nombre. La otra mitad indivisa de la finca pertenece a un hermano, que también la tiene inscrita. Estos eran los hechos reales, pero los supuestos pueden multiplicarse con alguna imaginación. Sobre estos hechos surge la posible anomalía jurídica: el dueño de una de las mitades indivisas de la finca pretende hipotecar la *cuarta parte de la finca*, esto es, la *mitad de la mitad* que le pertenece, y a estos efectos otorga la correspondiente escritura de préstamo hipotecario que sucesivamente se presenta a inscripción registral.

Examino el problema en forma esquemática, pero planteándolo en dos tiempos: posibilidad de hipotecar porciones indivisas de fincas e imposibilidad de hipotecar una parte indivisa indeterminada.

- a) *Posibilidad de hipotecar porciones indivisas.*—Creo que es perfectamente, aunque más bien diría rigurosamente, defendible la posibilidad de hipotecar partes indivisas de un bien inmueble. Sin embargo, nuestra doctrina hipotecaria reciente guarda silencio, en base, posiblemente, de la gran variedad que esto representa. He consultado a ROCA SASTRE (57), LA RICA (58),

(57) ROCA SASTRE (R. M.^a): *Derecho Hipotecario*, 6.^a edición, tomo IV, Barcelona, 1968, págs. 560 y sigs. No obstante, en la página 523 hace una alusión a la cuota al referirse a la distribución hipotecaria y su problema, diciendo que: "En este supuesto en que la hipoteca haya de afectar a dos o más fincas, o derechos reales sobre éstas, o cuotas indivisas de unas y otros, nuestra Ley Hipotecaria, ya desde el año 1861, exige, como requisito necesario, la previa distribución de la responsabilidad real hipotecaria entre las varias fincas, derechos o cuotas a hipotecar". También en la primera edición de su obra en el año 1942, en el tomo III y página 503, en una nota hacía referencia a un caso de extinción de hipoteca constituida sobre una participación o cuota hereditaria, pero este comentario, desterrado de las siguientes ediciones, ha de entenderse sin valor al transformarse el concepto hipotecario del derecho hereditario o, por lo menos, su trato. También se refiere a la hipoteca de cuota en la sexta edición, págs. 463 y 535 (tomo IV).

(58) LA RICA (R.): *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Primera parte. Innovaciones. Colegio Notarial de Registradores. Madrid, 1948, pág. 212.

CAMPUZANO y HORMA (59), COSSÍO y CORRAL (60), HERNÁNDEZ GIL (61), LACRUZ BERDEJO (62), ESPÍN CÁNOVAS (63), PUIG BRUTAU (64), SANZ FERNÁNDEZ (65), etc. Solamente he encontrado unas referencias al problema en diversos autores como son MORELL y TERRY (66) y GALINDO y ESCOSURA (67), tratando el problema en una de sus variantes; FRANCISCO SALAS MARTÍNEZ (68) y LUIS BLÁZQUEZ MARCOS (69).

Desde el punto de vista del crédito, según se trate de mancomunado o solidario, el problema está estudiado por LÓPEZ TORRES (70) y LANA SANCHÍS (71), pero fácilmente se com-

(59) CAMPUZANO Y HORMA (F.): *Principios generales de Derecho Inmobiliario y legislación hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, pág. 141.

(60) DE COSSÍO Y CORRAL (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 341.

(61) HERNÁNDEZ GIL (F.): *Introducción al Derecho Hipotecario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 169.

(62) LACRUZ BERDEJO (J. L.): *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a edición, Zaragoza, 1957, págs. 85 y sigs.

(63) ESPÍN CÁNOVAS (D.): *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pág. 262.

(64) PUIG BRUTAU (J.): *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de cosas*. Tomo III, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 556.

(65) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1935, págs. 207 y sigs. Claro está que esta obra, al no estar completa, deja abierta la duda de si se hubiese afrontado el problema al tratar de las hipotecas, lo cual es muy posible teniendo en cuenta la minuciosidad del autor.

(66) MORELL Y TERRY (J.): *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1928, pág. 655, quien dice: "El que una finca se posea por varios sin dividir, no es obstáculo para que cada condueño pueda hipotecar su porción pro indiviso. En este caso la hipoteca grava la parte perteneciente al hipotecante, pero en la misma forma en que éste la tiene, o sea, de un modo indeterminado, y flotando sobre todo el inmueble o derecho. Al dividirse después la cosa común, la hipoteca queda limitada a la parte determinada que corresponda al deudor en la división. El acreedor, para evitar el perjuicio que al dividir pudiera ocasionársele adjudicando al deudor, con intención o sin ella, la parte peor, tiene con arreglo al derecho civil la facultad de intervenir en el acto de la división y la de oponerse a la que se haya practicado sin su intervención y con fraude. Véanse los artículos 405, 450 y 399 del Código Civil y las Resoluciones de 23 de julio y 22 de agosto de 1863 y 8 de enero de 1878."

(67) GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo III, pág. 167, que se pronuncia en parecidos términos a los de MORELL Y TERRY.

(68) SALAS Y MARTÍNEZ (F.): "Efectividad registral de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 399 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1952, pág. 347, quien, sin embargo, al interpretar el precepto que invoca, no acierta plenamente en su interpretación, como luego veremos.

(69) BLÁZQUEZ MARCOS (L.): "Sobre efectividad registral de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 399 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1953, pág. 291.

(70) LÓPEZ TORRES: "Créditos hipotecarios del mismo rango", *R. C. D. I.*, año 1943, pág. 366.

(71) LANA SANCHÍS: "Ensayos sobre créditos de igual rango o simultáneos", *R. C. D. I.*, 1943, pág. 843.

prende que de lo que estamos hablando es de si la cuota que se ostenta sobre la propiedad de una finca o derecho puede ser considerada como cosa hipotecable.

En defensa de la posibilidad de hipotecar una cuota o participación proindiviso pueden darse las siguientes razones:

- 1.º El artículo 106 de la Ley Hipotecaria, tan criticado por la doctrina, admite que puedan ser hipotecados los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables, con arreglo a las Leyes, impuestos sobre los mismos. Es lo mismo que dispone el artículo 1.874 del Código Civil español. Ninguno de los dos dice, como es lógico, si el bien inmueble puede ser hipotecado total o parcialmente, ni tampoco especifica si el derecho real enajenable debe ser hipotecado totalmente o lo puede ser por partes.

La propiedad que el comunero ostenta sobre la cuota o la cuota que sobre la propiedad ostenta el comunero, puede perfectamente ser encuadrada en cualquiera de las dos coyunturas que los artículos citados ofrecen en orden a las cosas hipotecables: puede hablarse de una cuota de un inmueble o de un derecho real enajenable. Todo va a depender de la configuración de la cuota y del ámbito de su aplicación.

Los fenómenos de cotitularidad, comunidad y copropiedad, sin perjuicio de sus precisiones dogmáticas, no suponen más que manifestaciones del derecho de propiedad o de la titularidad sobre ciertos derechos. La amplitud del campo de actuación es un problema marginal. Dice acertadamente BELTRÁN DE HEREDIA (72) que el ser común algo, significa la pertenencia de un objeto a una pluralidad de sujetos, sin división material que permita delimitar la extensión y la intensidad del poder; por eso se dice que a los titulares les pertenece el objeto «pro indiviso», y se habla de bienes «indivisos» o de «indivisión», cuando se alude a la comunidad.

La comunidad surge cuando el bien inmueble o los derechos reales de que hablan los artículos 106 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código Civil pertenecen, en vez de a una sola persona, a varias. Claramente así lo da por

(72) BELTRÁN DE HEREDIA (J.): *La comunidad de bienes en el derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 28.

presupuestado el artículo 392 del Código Civil: «Hay comunidad cuando la propiedad de *una cosa o de un derecho* pertenece pro indiviso a varias personas.» Por tanto, como dice BELTRÁN DE HEREDIA (73), tener en común el derecho de propiedad significa, pues, tener en común la totalidad de las utilidades de una cosa. Tener en común un derecho real limitado (usufructo, servidumbre, etc.) significa, por el contrario, tener en común solamente unas determinadas utilidades de la cosa (goce, disfrute, etc.). En ningún caso significa tener en común la materialidad física de la cosa, porque esto no es un concepto jurídico. La comunidad de propiedad o, mejor dicho, del derecho de la propiedad, es la copropiedad, que se presenta como la tenencia en común del derecho de propiedad; su objeto no es este derecho, sino aquello que es objeto del mismo, es decir, las cosas en la totalidad de sus utilidades. La comunidad de otros derechos reales limitados tiene, como cotitularidad común, a estos derechos; su objeto será el de estos mismos, es decir, las cosas, pero no en la totalidad de sus utilidades, sino tan sólo en una parte concreta y determinada de las mismas.

Partiendo de la base de que la comunidad romana o por cuotas es la que regula nuestro derecho, se hace un poco superfluo averiguar cuál de las teorías explicativas de su naturaleza puede servir para encuadrar el supuesto que nos ocupa. Rechazando las teorías negativas que atribuyen a los comuneros solamente situaciones de utilidad y expectativa, las demás teorías (colectivistas, solidaristas o divisionistas, etc.) (74) pueden explicar perfectamente las

(73) *Op. cit.*, pág. 126.

(74) Aunque he agrupado la serie de teorías explicativas del fenómeno de la comunidad romana, es bien cierto que las colectivistas defendidas por LUZZATTI no encajan en el supuesto. Las demás pueden servir a los fines indicados: las solidaristas (SCIALOJA y SIMONCELLI) consideran que existen diversos derechos de propiedad sobre la misma cosa, que se limitan recíprocamente en su ejercicio: *concursus partes fiunt*. Cada comunero tiene un derecho y no una fracción ideal, siendo la cuota la proporción en que se reparten las utilidades y cargas. Las divisionistas pueden ser referidas a la cosa o al derecho. Las primeras consideran que cada copropietario tiene la plena propiedad de una cuota ideal de la cosa: hay una suma de dominios unidos por la unidad abstracta de las porciones sobre que recaen, pero a las que la división de la cosa otorgará declarativamente su independencia. Aquí la cuota equivale a una parte ideal de la cosa *pars rei* (LAURENT, PUCHTA, VITALEVI, SÁNCHEZ ROMÁN). Las divisionistas en relación con el derecho (FERRARA MESSINEO y MULLER) consideran que el copropietario ostenta un derecho sobre la totalidad de la cosa, pero su derecho es parte de un derecho entero, una propiedad parcial. Las facultades del dominio le

situaciones de comunidad o cotitularidad de cualquiera de los dos números del artículo 106 de la Ley Hipotecaria.

En efecto, en el primer caso, «Bienes inmuebles susceptibles de inscripción», debe entenderse que el inmueble en sí no es el hipotecable, sino el derecho de dominio que sobre el inmueble se tiene es el que facilita la hipoteca. Creo innecesario insistir en este punto, teniendo en cuenta que la primera inscripción es de dominio (art. 7.º de la L. H.), que no cabe una inmatriculación de cosa *nullius* y que para hipotecar es preciso, conforme al artículo 138 de la Ley Hipotecaria, ser dueño de los bienes con facultad dispositiva o tener esta libre facultad y, caso de no tenerla, estar autorizados para ello con arreglo a la Ley. Lo que cabe hipotecar es el dominio pleno del inmueble o la cuota parte que a un comunero le corresponde en ese dominio. Lo mismo sucede con el caso segundo, que al referirse a los «derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes», permite la hipoteca de la totalidad del derecho o de la cuota parte que un cotitular ostente sobre el mismo.

- 2.º Un artículo clave es el 399 del Código Civil, al decir que «todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo, en su consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla... Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca en relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar en la comunidad».

Este artículo, sin embargo, no es lo suficientemente específico para tener de acuerdo a toda la doctrina que se

corresponden *pro parte*. La cuota viene a ser una fracción ideal del derecho de propiedad *pars dominii*.

Referidas estas teorías al Derecho español, la doctrina dominante considera que la que encaja en la dogmática del mismo es la divisionista referida a la cosa sobre la base de la llamada "transmisión posesoria" y "posesión exclusiva" de los artículos 450 y 440 del Código Civil que parece confirmar el artículo 399 del mismo cuerpo legal al hablar de la "plena propiedad de su parte" y de "porciones". BELTRÁN DE HEREDIA discrepa de esta postura y considera que la teoría aplicable a nuestro derecho es la mantenida por SCIALOJA y conocida bajo el nombre de *la propiedad plúrima total*. En toda copropiedad debe verse la concurrencia de varios derechos de propiedad sobre toda la cosa, pero está limitado por la coexistencia de otros tantos derechos iguales autónomos e independientes dentro del límite que la cuota indica (uso y disfrute, art. 394; realización de obras, art. 395; el pleno poder dispositivo del art. 399; el sistema de unanimidad del artículo 397 y el sistema divisional del artículo 400 del Código Civil).

ha ocupado de él. GALINDO y ESCOSURA, MORELL y TERRY, SALAS y MARTÍNEZ y ROCA SASTRE (75), califican esta hipoteca como sujeta a la restricción de la determinación ulterior del objeto sobre que recae, no dudando algunos en considerar que debió incluirse en los supuestos del artículo 107 de la Ley Hipotecaria.

De otra parte, BELTRÁN DE HEREDIA (76) estima que el copropietario puede constituir un derecho de hipoteca no sobre su derecho de copropiedad, que no es hipotecable, sino sólo sobre la cosa inmueble, constituyéndose sobre la cosa común, pero con la limitación del segundo inciso del artículo 309 del Código Civil, o sea limitadamente a la porción que se le asigne en la división. Frente a esta postura, el mismo autor cita a BORRELL Y SOLER (*El dominio según el Código Civil español*, pág. 211), quien dice que lo que se hipoteca es la parte ideal que cada copropietario tiene sobre la cosa común, como indican claramente las primeras palabras del artículo 399.

Nuestra postura ya la hemos adelantado antes. Creemos que lo que se hipoteca no es el bien inmueble, sino el dominio o los derechos reales que sobre el mismo se tengan. Es la tesis que mantuvo PLANIOL y que parece la más acertada en nuestro sistema hipotecario, pues si bien el artículo 106 de la Ley Hipotecaria habla de bienes inmuebles susceptibles de inscripción, es evidente que lo que se inscribe no es la finca, sino el dominio que sobre la misma se tiene, ya que la primera será siempre «de dominio» (artículo 7.º de la L. H.), y todos sabemos que, conforme al artículo 376 del Reglamento Hipotecario, no cabe una inmatriculación de finca hipotecándola simultáneamente en el mismo asiento.

Respecto de si se trata de una hipoteca con restricciones o de tipo condicional encajable en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, creemos que es rechazable la tesis. Si la cuota que se hipoteca no puede ser concretada o proyectada

(75) GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pág. 167; MORELL y TERRY, *op. cit.*, página 655; SALAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 347; ROCA SASTRE, *op. cit.*, en página 463, que dice que "las hipotecas constituidas sobre una cuota o participación indivisa están sujetas a los efectos retroactivos de la división de la cosa común, conforme establece el artículo 399 del Código Civil, de suerte que la hipoteca deberá concretarse a la porción que se adjudique al condueño hipotecante al cesar en la indivisión.

(76) *Op. cit.*, pág. 272.

sobre determinada parte de la finca sobre la cual se ejerce el condominio, es evidente que, cuando el momento de la determinación llegue, no puede hablarse, como lo hace SALAS MARTÍNEZ, de novación objetiva o cambio de objeto, ya que en la división o negocio de fijación jurídica lo único que se precisa es la parte sobre la cual ha de concretarse la porción correspondiente a la cuota. Mal puede hablarse de novación objetiva cuando en el primer estado, el de la hipoteca de la cuota, lo que se ha concretado específicamente es la cuota (derecho o parte del derecho) cuya precisión material, al no estar proyectada sobre partes concretas de la cosa, indetermina el objeto de la cuota, pero nunca el de la hipoteca. Lo que la hipoteca grava es la cuota indeterminada en su aspecto material no jurídico, pero no la parte que puede corresponder a esa cuota, pues si ella se precisase intelectualmente, y luego fuese distinta, sí podría hablarse de novación objetiva, pero no es así; la cuota sigue siendo la misma, lo que sucede es que se especifica en una parte de la finca sobre la que recae. No hay novación objetiva, lo que hay es concreción material de unos contornos. Especificación de unos límites o, si se quiere, deslinde material. No puede estimarse que exista condición resolutoria o suspensiva. La cuota es actual e inmodificable por el acto divisionario. Tampoco puede estimarse que exista una hipoteca con restricciones, pues la indeterminación material de la cuota sólo repercute de forma indirecta en la hipoteca para darle contenido palpable a la cuota: Es de sentido común que el artículo 399 del Código Civil diga que cuando se hipoteca la cuota de un partícipe la hipoteca se circunscribe a la parte que le corresponde, pues si dijese lo contrario cometería una injusticia notoria. Pero eso no quiere decir que la hipoteca esté restringida, sino circunscrita a la parte material que al dividir la cosa le corresponda a la cuota hipotecada.

En contra de MORELL Y TERRY, considero que la hipoteca no *flota sobre todo el inmueble o derecho*, sino que, como la cuota proindiviso que se ostente sobre la propiedad de un bien inmueble en el Registro, es difícil especificarla con independencia del bien inmueble a que afecta, es evidente que el folio registral que refleja la titularidad parcial de la finca se refiere en linderos y cabida a la totalidad de la finca, pero eso no quiere decir que la hipo-

teca afecte a la totalidad de la finca, sino a la cuota que el condominio tiene pendiente de concreción material, pues jurídicamente consta delimitada.

- 3.º El artículo 54 del Reglamento Hipotecario, que dice: «Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño, con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.

»No se considerará cumplido este requisito si la determinación se hiciera solamente con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga.»

Este artículo, una exigencia jurídica más del principio de especialidad o determinación, plantea una serie de problemas como el de si la determinación de la parte indivisa exige la precisión del total valor y la parte que en él representa cada porción (RR. de 6 de junio de 1894 y 19 de diciembre de 1917), la del juego presuntivo de la igualdad de porciones que establece el Código Civil en el artículo 393 y otros típicamente hipotecarios (77), pero a nuestros efectos debe ser destacado, ya que el mismo no hace más que ratificar la idea de la registración ulterior de los actos de tráfico jurídico sobre las cuotas de los bienes inmuebles así determinadas.

(77) Entre ellos podemos hacer alusión a si es posible de que abra folio registral no la totalidad del dominio de una finca, sino una cuota de la misma, cuestión que hoy día parece superada en virtud del apoyo que presta el artículo 278 del Reglamento Hipotecario al decir que “cuando se pretenda inscribir participaciones o cuotas indivisas de fincas...” Lo que es imposible es la inscripción de la cuota sobre diversas fincas que harían personal el folio y no real: por ello, y por otras razones, no cabe la inscripción del derecho hereditario. No obstante, existe una práctica consuetudinaria en Extremadura que admitía la posibilidad de inscribir como fincas independientes los derechos de hierbas, agostadero y espigas, aunque afectasen a diversas fincas. Práctica consuetudinaria que pudo superarse a base del artículo 377 del R. H. y que la Resolución de 7 de octubre de 1963 ha tratado de cortar de raíz negando su inscripción.

La posibilidad de que en el historial de la finca figuren asientos sucesivos, referidos solamente a diversas cuotas pro indiviso pertenecientes a diversos titulares, puede plantear la duda de si cabe un solo asiento para reflejar la reunión de todas las cuotas en una sola mano o serán preciso tantos asientos como cuotas. Cuando la reunión se verifica por un solo título (heredero que adquiere de todos los demás las cuotas que les pertenecen), la cosa no es dudosa: lo procedente es una sola inscripción que refleje toda la titularidad adquirida. Cuando la titularidad total se produce por adquisiciones aisladas, lo procedente será ir haciendo inscripciones independientes de las cuotas si los títulos se van presentando sucesivamente, planteándose el problema en el caso de ser presentados todos los títulos simultáneamente. Me inclino a creer que en este caso no habría inconveniente en reunir en una sola inscripción las diferentes adquisiciones de las cuotas que por diversos títulos se reúnen en una sola mano. No obstante,

- 4.º Los artículos 216 y 217 del Reglamento Hipotecario, que presuponen en su letra la posibilidad de hipotecar «porciones ideales o participaciones pro indiviso de una finca o derecho», aunque su alusión lo sea con la idea o bajo la idea no de una hipoteca aislada de cuota, sino de «varias cuotas o porciones», los efectos de la distribución de responsabilidad hipotecaria.

Aunque el supuesto sea distinto, es evidente que si se admite la hipoteca sobre diversas partes indivisas no quiere decir que ellas agoten la totalidad del dominio, sino que es viable que solamente se hipotequen una, dos, tres o cuatro, o las que sean...

- 5.º El artículo 46 de la Ley Hipotecaria, que al admitir la anotación del derecho hereditario dice que el derecho hereditario anotado podrá «transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación».

Este artículo es utilizado como argumento *a contrario sensus*, ya que la doctrina, al examinar los actos de gravamen que puedan recaer sobre el derecho hereditario anotado, niega la posibilidad de que dentro de ellos se comprenda la hipoteca por falta de determinación de la cuota que, existiendo, no se precisa, pues recae sobre todo el patrimonio hereditario.

ROCA SASTRE (78) considera que es «fundado negar la posibilidad de que este gravamen consista en el derecho real de la hipoteca. No se considera argumento en favor de esta tesis el problema de la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas integrantes

en contra de esta opinión se pronuncian las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 27 de enero y 11 de abril de 1928.

Otro de los problemas que suscita la inscripción de la cuota es el de si cuando se inmatricula una finca presentando el título que sólo acredite una cuota del total dominio, es preciso, cuando se traten de inscribir las demás cuotas, publicar los edictos que consoliden dichas titularidades. JOSÉ MENÉNDEZ opina que estas inscripciones de cuotas indivisas y, en su caso, las de dominio directo y útil (caso del art. 377 R. H.) son todas inmatriculadoras, a pesar de ser segundas o posteriores, y es preciso para practicarlas utilizar los medios propiamente inmatriculadores. Nosotros creemos todo lo contrario. Si la inmatriculación es de la finca, aunque sólo se acredite una titularidad parcial, no es preciso posteriormente la publicación del edicto correspondiente. De ser esto cierto, cualquier asiento practicado posteriormente al de inmatriculación seguiría exigiendo "perpetuamente" la publicación de edictos. En último caso, la solución del problema creo que reside en el concepto de inmatriculación.

(78) *Op. cit.*, pág. 24 del tomo III. No obstante, en pág. 463 del tomo IV mantiene opinión contraria.

del caudal relicto, pues éstas son tomadas tan sólo en consideración como parte de un todo y aquí el todo es la masa hereditaria. Aquí el obstáculo radica en el esfuerzo que significa el criterio de la Ley Hipotecaria acerca de los derechos reales hipotecables». Estimo que no es lo mismo hipotecar una cuota sobre un bien determinado que sobre un patrimonio genérico compuesto de diversas fincas, y también que, como el derecho hereditario sólo está anotado preventivamente, la hipoteca que sobre él se pueda constituir tendría también que anotarse y tendríamos una «figura intermedia» llamada de anotación de hipoteca de derecho hereditario «no constitutiva», pues sólo la inscripción tiene este peculiar efecto respecto de la hipoteca.

- 6.º El artículo 71 del Reglamento Hipotecario, que en sus últimos párrafos prevé la inscripción de cuotas y la inscripción sucesiva de transmisiones o constituciones de derechos reales sobre las mismas, al tratar de la forma en que se inscriben las heredades, los heredamientos, dulas, acequias u otras comunidades análogas. Dice dicho artículo en su párrafo sexto: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, cada copartícipe o comunero podrá inscribir a su nombre como finca independiente o, en su caso, en el folio de la finca que disfrute del riego, la cuota o cuotas que le correspondan en el agua y demás bienes afectos a la misma con referencia a la inscripción principal.» Remacha la idea apuntada el párrafo séptimo, que dice: «Sin embargo, deberá abrirse siempre folio especial cuando se inscriban las sucesivas transmisiones de cuotas o la constitución de derechos reales sobre las mismas.» Es decir, que aquí la cuota de participación pasa a convertirse en finca independiente que soporta los posibles gravámenes que se le puedan imponer. Es un avance legislativo de mucha consideración.
- 7.º La idea matriz que preside la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria en torno a la facilitación del crédito hipotecario, aunque no se plasme en una frase, expresa la hipotecabilidad de la cuota, pudiendo, sin embargo, inducirse de alguna de las empleadas, como aquella que dice: «Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de

un crédito proporcional a su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero y nacerán fuentes de riqueza y prosperidad.»

- 8.º No sería preciso una prohibición de hipotecar cuotas si la regla general fuese ésa, infiriéndose, por ello, que la norma del artículo 77 de los Estatutos del Banco Hipotecario de España, que no admiten hipotecas sobre propiedades que estuvieran pro indiviso, a menos que consientan la hipoteca todos los condueños, no hace más que confirmar la regla general.
- 9.º La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en reiteradas resoluciones así lo ha sancionado. Podemos destacar las siguientes: Resolución de 23 de noviembre de 1886, que, confirmando la nota registral, consideraba no inscribible una hipoteca por no figurar en la escritura el valor de lo que podía corresponder a la deudora; la Resolución de 17 de marzo de 1888, que declara inscribible una escritura de hipoteca sobre participación indivisa que estaba concretada por el valor total de la cosa y el que correspondía al deudor; las Resoluciones de 26 de junio y 27 de diciembre de 1909, exigiendo la primera que se fije con toda precisión la porción ideal o parte que haya que afectar al derecho inscribible, doctrina aún más aplicable al caso contemplado por virtud de lo prevenido en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, y precisanlo la segunda que no cabía la inscripción por no fijarse claramente el gravamen que recae sobre cada porción ideal; en el mismo sentido está la Resolución de 21 de mayo de 1910, que exige la fijación de la extensión del derecho correspondiente a cada comunero antes de hipotecarlo.

Otro grupo de Resoluciones (por ejemplo, las de 6 de julio de 1917 y 9 de marzo de 1918) resuelven los problemas que plantea la hipoteca constituida sobre varias fincas en proindivisión a favor de entidades bancarias. La Resolución de 17 de noviembre de 1928 roza marginalmente el problema que vamos a plantear en la segunda fase de este punto, esto es, la hipoteca de la mitad de la mitad, o la cuarta parte. Se trataba de una finca perteneciente en proindivisión a dos personas y el Registrador denegaba la petición de inscripción sobre la base de no saber si se hi-

potecaba la mitad o la cuarta parte de la finca. También contienen doctrina interesante las de 4 de diciembre de 1935 y 24 de junio de 1936, que tratan de una hipoteca sobre porciones indivisas afectantes a diversas fincas, aunque en la escritura se hacía referencia a un documento privado en el cual se había practicado la previa determinación o división material de las fincas, sentando la Dirección General la doctrina de que, reconocido como inducible el derecho de condominio para hipotecar su porción indivisa inscrita, no es posible admitir la hipoteca de parte fija y determinada del inmueble, si antes ésta no se hace constar en los libros registrales. La última Resolución que conocemos es la de 30 de septiembre de 1939, que trataba de una hipoteca otorgada por titulares pro indiviso del dominio de una finca, sin hacer la previa distribución de responsabilidad.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de diciembre de 1912, no hace más que reiterar esta línea marcada por la jurisprudencia registral, diciendo que no es inscribible una escritura de hipoteca por no estar precisados con claridad la parte del crédito correspondiente a cada uno de los acreedores y, sobre todo, la parte de la finca afectada por la hipoteca.

- b) *Imposibilidad de hipotecar una parte indivisa indeterminada.*—Habiendo apuntado antes que la cuota sobre la cual recae el derecho de hipoteca está perfectamente delimitada y lo único que queda pendiente es su concreción material, solamente cabe que hablemos de cuota o parte indivisa indeterminada cuando la misma no figure registralmente constatada.

El principio de especialidad que, en cuanto a hipotecas se refiere, recibe el nombre de «determinación», impide que una hipoteca recaiga sobre una finca o un derecho indeterminado. Podrán admitirse ciertos casos de «indeterminación transitoria de titularidad», pero no existen excepciones que permitan concebir una hipoteca sobre finca o derecho no especificado. Los derechos reales limitativos—bien de garantía o de uso y disfrute—exigen constatación específica, precisamente en el folio o inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan. Así lo establece el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, complementado por los 8.º, 9.º y 12 de la misma y concordantes reglamentarios.

El famoso adagio de que «quien puede lo más puede lo menos» hace crisis en esta ocasión. El propietario que puede hipotecar toda su finca no puede hacerlo respecto de su «mitad», de «un tercio», de «un quinto», etc., si estas partes que pretende hipotecar no se han concretado registralmente de alguna manera. A nuestro entender, las dos únicas formas registrales de esa especificación son la división material de la finca en tantas partes como se deseen, o la formación de un condominio con otra persona en la que cada uno de los nuevos titulares ostente una cuota parte proporcional en la totalidad de la finca. Creemos que no cabe la segregación, pues cuando de situación pro indiviso se trata, lo único que autoriza el código es la división.

La mitad indivisa de una finca, si está inscrita en el Registro a nombre de persona determinada y, con la descripción de la finca total sobre que recae, es un elemento jurídico apto para la garantía, como antes decíamos, y, sobre todo, queda registralmente identificada a efectos del crédito hipotecario. El incumplimiento del préstamo o crédito da lugar, en virtud de los mecanismos ejecutivos, a que salga a subasta no la totalidad de la finca, sino la mitad indivisa de ella y el rematante de la misma pasará a ocupar el lugar del antiguo condominio: el rematante adquirirá la categoría de comunero.

Si la mitad indivisa inscrita y delimitada conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario es finca o parte de ella apta para el crédito, no lo es la *cuarta parte*, esto es, la mitad de la mitad de esa parte, que no está matemáticamente determinada en el Registro como la mitad de la que procede o en la que está integrada. El caso es muy similar al del billete de 100 pesetas que se muestra al aldeano para que nos indique cuáles son sus 50 o sus 25 pesetas o las que tenga de su propiedad sobre el mismo. Registralmente el dueño de la mitad lo es también de la cuarta parte, pero mientras la mitad está delimitada, la cuarta no lo está. Aquí viene a suceder lo mismo que con la finca material: el dueño de la totalidad de ella puede hipotecar su mitad siempre y cuando la aísle o sitúe por segregación, provoque un condominio o divida materialmente la finca. La cuarta parte, para ser hipotecada especialmente, exige, en buena técnica hipotecaria, que se especifique o delimite registralmente.

Antes de apuntar las razones que abonan mi postura quiero reseñar una curiosa Resolución de la Dirección General

de los Registros y del Notariado que oscurece este principio fundamental de nuestro sistema denominado de la especialidad. Se trata de la que lleva por fecha 27 de mayo de 1968, y según la cual cabe que el titular del pleno dominio constituya una hipoteca sobre el usufructo, sin incluir las demás facultades que integran su derecho. Es decir, esta Resolución concibe el derecho de propiedad como una suma de facultades y permite que el dueño de ellas hipoteque las que son típicas del usufructo, esto es, la percepción de frutos. Dice la Resolución que si el dueño puede ceder a otra persona el disfrute de sus bienes mediante la constitución de un derecho de usufructo, no parece haya obstáculo para que pueda hipotecar ese disfrute como «parcela de valor» de su derecho de dominio, por tratarse de un acto de menor entidad en el que aparece gravada sólo una de las facultades del titular, y que en el caso de ejecución hipotecaria daría lugar al nacimiento de un derecho real de usufructo a favor del adjudicatario. Este argumento se completa con una cita histórica, una referencia a la hipoteca mobiliaria y una interpretación del párrafo segundo del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, a nuestro juicio equivocada (79).

El problema que plantea e intenta resolver la resolución citada ensombrece nuestra postura y hace viable el axioma de que «quien puede lo más puede lo menos». Pero el problema no es nuevo. Ya dice la Resolución que los precedentes romanos (Digesto XX-1, fragm. 11) eran favorables a la hipoteca del derecho de usufructo cuando la totalidad del dominio pertenece al que lo realiza. La clásica doctrina hipotecarista (GA-

(79) La cita que se hace de la Ley de Hipoteca Mobiliaria ha de entenderse referida a la figura de la *prenda sin desplazamiento* que admite la misma sobre frutos, pero no es lo mismo hipotecar el derecho de usufructo que hipotecar los frutos de una cosa, supuesto que no se admite por la legislación española. Tampoco es decisiva, a mi entender, la referencia al número 2 del artículo 107, pues la Resolución dice que "mediante pacto se prevé la posibilidad de que la hipoteca no se entienda al pleno dominio del inmueble perteneciente a un único dueño, sino sólo a la nuda propiedad, con total exclusión de disfrute que al mismo corresponde". Eso no dice el artículo 107,2 de la L. H., lo que dice es que, perteneciendo el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra, puede hipotecarse la nuda propiedad, y, cuando el nudo propietario se reúna por consolidación la totalidad del dominio, la hipoteca se extenderá al mismo, salvo que exista pacto en contra. La cosa es distinta: si llegado el caso de ejecución hipotecaria la nuda propiedad se adjudicase al acreedor, en el mismo, por razones de consolidación, se fundiría el usufructo, pues el pacto se refería solamente a la hipoteca, y en caso de comprenderse el supuesto habría que entender que el dueño se convertiría en usufructuario y el acreedor hipotecario en nudo propietario.

LINDO y ESCOSURA, MORELL y TERRY y GAYOSO ARIAS) aceptan este antecedente histórico y consideran posible que el titular de la plena propiedad pueda hipotecar el usufructo de la misma, diciendo, por ejemplo, MORELL y TERRY (80) que el propietario absoluto de una finca puede constituir la hipoteca *determinantemente* sólo sobre lo edificado con independencia del suelo, o sólo sobre el usufructo, ROCA SASTRE (81), siguiendo a GORLA, BIANCHI y CHIRONI, no acepta esta hipoteca sobre lo que doctrinalmente denomina usufructo «causal», ya que no puede hablarse de usufructo sobre cosa propia. En este mismo sentido negativo se pronuncia CÁNOVAS COUTIÑO (82), quien advierte el peligro de que la doctrina de la Resolución comentada encierra, ya que, siguiendo ese camino, puede llegarse a la creación de servidumbre sobre inmueble propio, hipoteca de propietario, usufructo de la nuda propiedad, condicionando el vencimiento de la deuda con la consolidación de aquél a ésta. Discrepa en esta tesis, uniéndose a la doctrina antigua hipotecarista y a la tesis que sustenta la Dirección General, ORTEGA PARDO (83), que utiliza el argumento mismo que posteriormente predica la Dirección: si al vencimiento no paga el deudor, lo que se vende no es la cosa, sino el usufructo de ella.

No debe olvidarse que el caso que motivó la Resolución era el insólito dentro del Derecho de una hipoteca dotal, y solamente la extrañeza que pueda significar el asilado supuesto puede justificar la doctrina de la Dirección General. Para que exista el usufructo son precisas dos personas distintas, y para que pueda hipotecarse el usufructo es necesario que esté éste constituido. Si el propietario total y pleno de una finca quiere hipotecar o la nuda propiedad o el usufructo de la misma, es preciso que lo constituya, pues de lo contrario habría que admitir una hipoteca sobre un derecho de constitución futura: un derecho sujeto a la condición suspensiva de que la hipoteca se ejecute. La propiedad ya no es una suma de facultades que puedan enumerarse, aislarse e identificarse; la propiedad es todo unitario identificable registralmente por los límites que

(80) *Op. cit.*, pág. 662, tomo III.

(81) *Op. cit.*, pág. 401, nota en tomo IV.

(82) CÁNOVAS COUTIÑO en el comentario doctrinal que hace de la Resolución citada, en la Resolución Crítica de Derecho Inmobiliario, año 1968, página 1335.

(83) ORTEGA PARDO: "La hipoteca de usufructo y su extinción", *Revista de Derecho Privado*, año 1946, pág. 826.

geográficamente la sitúan. Creo que la Dirección General se ha concretado en su solución y ha mezclado los derechos reales que pueden constituirse sobre la cosa con las facultades que constituyen el dominio en la forma tradicional romana. Por este supuesto camino debemos admitir la posibilidad de una hipoteca sobre el derecho a *abusar (abutendi)*, *poseer (possidendi)*, *disponer (disponendi)*, *vindicar (vindicanendi)*, así como los de limitar, transformar, acrecer o de accesión y otros que se atribuyen al propietario, como el de deslinde (84).

El artículo 106 de la Ley Hipotecaria, que creo no se tuvo en cuenta en el recurso gubernativo ni por el Notario recurrente, ni por el Registrador que defendía su nota, ni, lo que es más curioso, por la Dirección impide esta constitución de hipoteca sobre un derecho real que, conforme al artículo citado, debe de ser enajenable y estar «impuesto» sobre los mismos bienes. La letra encuentra el eco suficiente para comprender el espíritu del precepto. Tampoco es seguro el argumento que se utiliza sobre la base del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, cosa ya rechazada en la nota 33. Pero lo más problemático es la limpieza con que la Dirección General hace caso omiso del principio de determinación y considera que una facultad dominical, la de uso y disfrute—que solamente puede reflejarse registralmente a través de la figura del usufructo en forma concreta—puede ser hipotecada sin ser precisada previamente.

El mismo MORELL Y TERRY (85), que defiende la posibilidad de la hipoteca del derecho de usufructo constituida por el que es dueño de la totalidad de la cosa, exige que la «porción hipotecada es indispensable que sea perfectamente conocido, ya deslindándola materialmente, ya determinando su cuantía en relación al valor total del inmueble, ya precisando la proporción en que la referida parte se encuentra con respecto a la total cabida de la finca». Cuando lo hipotecado es una cantidad comprendida en la en que se tasó tiempos atrás una parte de casa y no consta el valor total de ésta, es obvio que aquella cantidad, lo mismo puede representar la casi totalidad del inmueble que una pequeña parte de él, con lo cual queda *indeterminado* lo que es objeto de la hipoteca (RR. de 23 de noviembre de 1886 y 17 de marzo de 1888)».

(84) Al enumerar estas facultades hemos incluido la de poseer intencionalmente, pues no es lo mismo la posesión de que nos habla el artículo 5 de la L. H. para negarle acceso al Registro que esta facultad insista en el dominio.

(85) *Op. cit.*, tomo III, pág. 656.

En suma, MORELL, en sus comentarios, no hace más que aplicar el principio de especialidad que es sostenido con reiteración asidua por la Dirección General. Sólo queremos citar la Resolución que antes apuntamos de 4 de diciembre de 1935, en la cual se dice que mientras no se realiza la división de la finca atribuyendo una parte a cada uno de los copropietarios, deberá respetarse la situación registral del inmueble, impidiendo la constitución de hipoteca sobre cada parte concreta. Convendría plantearse la pregunta de si hasta que no se constituya el derecho de usufructo éste puede tener un contenido registral determinado y con ella la Dirección estaría poco precisa. El usufructo ha sido también una figura tradicional con ciertas rebeldías doctrinales, y por eso esta lanza rota en su favor por la Dirección debe extrañarnos tan poco como aquella machacona insistencia del Tribunal Supremo en igualar las figuras jurídicas de la sustitución fideicomisaria y del usufructo hasta que GONZÁLEZ PALOMINO vino a demostrar lo contrario (86).

Pese a toda la fuerza doctrinal de la Dirección, al no ser ésta vinculante para el órgano calificador, debemos resumir, aunque sólo sea en forma esquemática, la serie de razones que apoyan nuestro punto de vista en orden a la no hipotecabilidad de una cuota, parte de otra, no determinada específicamente en el Registro:

- a) El artículo 46 de la Ley Hipotecaria, anteriormente citado, que, como vimos, admite la posibilidad de gravar la cuota hereditaria, aunque la doctrina aclaratoria o interpretativa considera que en la frase «gravamen» no se puede comprender la hipoteca por la falta de la determinación de la cuota.

(86) Debe aducirse en favor de la tesis que mantenemos opiniones de cierto prestigio doctrinal, entre las que podemos citar la de Díez PICAZO (José Luis), quien en sus *Lecciones de Derecho Civil*, III, *Derecho de Cosas*, Universidad de Valencia, 1967, dice que las condiciones que debe reunir el objeto de la relación jurídico-real son la de existencia, licitud y determinación. El objeto del derecho real ha de ser siempre una cosa existente, una realidad del mundo exterior. Sobre lo que *no existe* no pueden caber derechos ni deberes. Un derecho real requiere, pues, una cosa con existencia actual. No cabe duda que sobre las cosas futuras se puede contratar, pero hay que admitir que, aunque se admita como abstractamente atribuido a la persona un poder real típico, éste no podrá nunca ejercitarse, es decir, no será tal poder hasta tanto la cosa no gane existencia actual. Puede, por tanto, admitirse que es una relación jurídico-real en estado de pendencia o, lo que parece más exacto, una previa relación obligatoria que prepara el camino de la relación real definitiva. Y preguntamos: ¿esa expectativa puede ser hipotecable?

Hemos de hacer constar, sin embargo, que la autorizada opinión de ROCA SASTRE (87), antes citado, se ve oscurecida por lo que dice en la nota 4 de la página 463 del Tomo IV de su edición de 1968, ya que en la misma da por supuesto la hipoteca del derecho hereditario: «Lo mismo hay que afirmar—quedar afectas a los efectos retroactivos de la división—tratándose de la hipoteca del derecho hereditario, o sea de una cuota o participación indivisa de la herencia en comunidad, respecto de la cual el número 10 del artículo 206 del Reglamento consagra aquel efecto retroactivo.» Creo que esta nota es un arrastre que ROCA hace de otras ediciones cuando el derecho hereditario era inscribible, pues no se concibe que pueda mantener la tesis sustentada por SALAS MARTÍNEZ (88) de que pueda escamotearse al hipotecante la posible parte de bienes sobre la cual ha de concretarse la cuota hereditaria y la hipoteca, admitiendo una adjudicación en metálico que volatiliza la expectativa real del acreedor hipotecario. Creemos que está más en línea BLÁZQUEZ RAMOS (89), por esos posibles peligros y, sobre todo, porque, anotado el derecho hereditario, la hipoteca que se constituya sobre el mismo habría de hacerse por anotación y ésta no tiene la fuerza constitutiva de la inscripción.

- b) Los artículos 119 y siguientes de la Ley Hipotecaria sobre distribución de responsabilidad presuponen partes indivisas perfectamente identificadas. Claramente lo demuestran los artículos reglamentarios que complementan la ley y, sobre todo, el artículo 216, al decir que «no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación...». Lo mismo sucede con el artículo 217, que dispone: «Si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho...».
- c) Puede ser también un buen argumento el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, en el cual, como sabemos, se regula la figura genérica de la posposición de hipoteca, aunque doctrinalmente algunos autores opinan que sólo se

(87) *Op. cit.*, tomo III, pág. 24.

(88) *Op. cit.*, pág. 347.

(89) *Op. cit.*, pág. 291.

trata de un supuesto de reserva de puesto (90). Pues bien, conforme a dicho artículo se exige que la hipoteca que ha de anteponerse quede plenamente determinada en su responsabilidad y duración, así como estar netamente perfilada la hipoteca que ha de retroceder o sobre la cual ha de ser antepuesta la hipoteca futura.

Hipotecar una cuarta parte de una mitad indivisa puede envolver—a espaldas del art. 341 del R. H.—una auténtica «reserva de puesto», ya que el deudor hipotecario, dueño también de la otra cuarta parte, podría especular con la misma hipotecándola, planteando así la duda o el grave problema de saber si la primera hipoteca es primera con relación a la segunda o la segunda es primera con relación a la otra. El orden de fechas determinaría una preferencia, pero no debemos olvidar que cada una debe reputarse primera con relación a la cuarta parte que se hipoteca. ¿Sobre qué cuota recaería la primera y sobre qué cuota recaería la segunda?

Creemos que estos callejones sin salida no pueden salvarse atribuyendo a los acreedores hipotecarios de ambas partes el derecho a pedir, antes de la ejecución, la división material de la cosa, ya que el artículo 403 del Código Civil sólo se refiere a la «conurrencia para la división» y a la «oposición» de la que se verifique sin su concurso.

- d) Admitir la hipoteca de la mitad indivisa puede significar el ofrecimiento al deudor hipotecario de que vivifique en nuestro Derecho la llamada «hipoteca de propietario». Es decir, pasar la frontera que nos separa del Derecho alemán y dejar que el propietario de la mitad indivisa de una finca se reserve su cuarta parte, esto es, una especie de «hueco», para sus futuras especulaciones.

La sola cita de la figura adscrita al sistema germánico, frente al romano que sigue el nuestro, evita una mayor extensión a este punto.

- e) Por último, y para no cansaros, vamos a enumerar otra serie de problemas que la admisión de la hipoteca de la cuarta parte de una mitad indivisa traería consigo. Haría

(90) Ver nuestra obra *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral* en su segunda edición, tomo II, pág. 713.

imposible la figura del tercer adquirente de finca hipotecada o, por lo menos, la haría difusa. ¿Qué parte adquiere el tercer adquirente? ¿La cuota parte hipotecada, o la libre?

El mecanismo del abandono de finca hipotecada en los procesos de ejecución que con tanto acierto estudió CÁNOVAS COUTIÑO (91) se escapa igualmente en su posible encuadre al supuesto, dejando sin respuesta la pregunta de cuál es la parte que se abandona. Lo mismo sucede con la administración interina de la finca, caso de que entre en juego tal medida. Si el acreedor hipotecario adquiere la mitad indivisa libre que no está hipotecada a su favor, provocaría serios problemas en orden a la extinción de hipoteca por confusión y la admisión de la figura de hipoteca sobre cosa propia...

IV

CONCEPTO DE CAUSAHABIENTE EN EL DERECHO REGISTRAL

La palabra causahabiente (*causam habet ab alio*) ha sido utilizada doctrinalmente en una doble proyección: como derechohabiente de una persona que subentra a través de un negocio jurídico en el derecho del transmitente o como sucesor de una persona que se subroga en su posición jurídica, permaneciendo la relación jurídica una y la misma. Esta amplitud interpretativa de la palabra es la que puede provocar ciertas inquietudes doctrinales cuando es utilizada por el legislador en ciertos casos en el que la misma parece requerir una interpretación restrictiva. El problema que presentó se me cruzó en el camino registral, pero no es ya nuevo en el Centro de Estudios Hipotecarios, donde se planteó y se le dio una solución, creo que poco satisfactoria para todos o, por lo menos, no a gusto de todos. Tampoco el caso es nuevo, sino que del mismo se hace eco LACRUZ BERDEJO (92) y creo que lo apuntamos nosotros en alguno de los capítulos del libro (93).

Todos sabemos, o debemos saber, que, conforme al artículo 20, 2.º de la Ley Hipotecaria, el Registrador *denegará* la inscripción solicitada

(91) CÁNOVAS COUTIÑO (G.): "El abandono en la hipoteca", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IV.

(92) *Op. cit.*, pág. 197.

(93) *Op. cit.*, pág. 347, tomo I.

en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen. Ello no es más que una consecuencia del principio del tracto sucesivo y un proceder respetuoso frente al que los libros registrales señalan como titular. Es también, y no podía menos, una manifestación del principio de legitimación: mientras se demuestre la veracidad o no de la manifestación registral, el único legitimado para realizar actos sobre la finca inscrita es el titular que publican los asineots registrales. Esta doctrina, sin embargo, tiene, como no podía menos, una excepción, pudiendo el Registrador, según dispone el artículo 103 del Reglamento Hipotecario, *suspender* simplemente la inscripción y tomar la anotación preventiva si se solicita, en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegue en el documento presentado ser «causahabiente» del titular inscrito.

La trascendencia del problema a que puede dar lugar una interpretación amplia del texto del artículo 103 del Reglamento Hipotecario puede concretarse en un ejemplo que roza los límites conceptuales de la doble venta y el principio de prioridad registral. Se trata de un caso de doble venta realizada por persona que figura registralmente legitimada para realizarla. En la realidad jurídica surgen dos compradores de una misma cosa que, sin embargo, registralmente no reflejan sus derechos en el Registro. Uno de estos compradores, a su vez, enajena la finca a un tercero que acude al Registro con la intención de que su título adquisitivo cobre la plenitud y efectividad que solamente la inscripción registral le puede proporcionar, pero se enfrenta con la negativa que la calificación registral le otorga: su derecho, se le dice, no puede ser registrado mientras no lo esté el de la persona que le vendió, esto es, uno de los dos compradores iniciales. Pide su anotación preventiva, pues en el título el comprador que ahora vende hizo constar que era «causahabiente» del titular inscrito y procede a exigir la titulación del mismo. Antes que esa titulación llegue a su poder y antes que la misma pueda ser presentada en el Registro, aparece el otro primer comprador de la finca que trae causa del legitimador registralmente para disponer y que presenta en el Registro su título de adquisición que enlaza perfectamente con el del titular registral.

La doctrina española toca el problema en forma directa o indirecta. LACRUZ BERDEJO (94) lo hace en el primer sentido. ROCA (95) y LA RICA (96) se reducen a tratarlo de la segunda forma. Sus tesis bien conocidas debo esquematizarlas aquí, en orden a la brevedad. LACRUZ hace residir la solución del problema en la calificación de la falta como

(94) *Op. cit.*, pág. 197.

(95) *Op. cit.*, tomo II, pág. 329.

(96) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario. Innovaciones*, pág. 88

subsanable o insubsanable y en la alegación veraz o falsa de la condición de «causahabiente». ROCA SASTRE y LA RICA, el uno en letra pequeña y el otro en la normal, dicen que, aunque el precepto hable de «causahabiente», no debe ser entendido en el sentido estricto de heredero, sino en el de «sucesor o adquirente en general», en una palabra, como causahabiente en sentido amplio, no en el de heredero. Nosotros creo que hemos dicho (97) que «si bien la titulación que presenta el que adquirió de uno de los compradores puede ser calificada indulgentemente como subsanable por hacer referencia en el título a la calidad de causahabiente del titular inscrito, deja de serlo por imperio del artículo 1.473 del Código Civil y 17 de la Ley Hipotecaria desde el momento en que en el Registro se presenta la escritura del otro comprador solucionadora del tracto entre el titular registral y él. Admitir lo contrario sería burlar definitivamente la solución civil e hipotecaria de la doble venta».

Creo que es la palabra «causahabiente» la que provoca todo el conflicto, y su solución depende de la extensión que podamos dar a su sentido amplio o estricto. Me inclino por el restringido, por lo menos en su ámbito registral y en el terrible juego del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y su concordante 103 del Reglamento. Para el intento demostrativo de mi postura debo acudir a las referencias de la palabra causahabiente en diversos preceptos legislativos. Voy a contemplar la palabra a través del Código Civil, de diversas legislaciones especiales y de la legislación hipotecaria, para ver si del sentido de todas ellas se puede inducir no el concepto de causahabiente, sino del sentido en que debe ser entendido.

- a) *En el Código Civil.*—Creemos que el Código Civil no es muy pródigo, aunque otra cosa pudiera parecer, en el uso de la palabra causahabiente. De los pocos artículos que incluyen la palabra causahabiente en su texto, debemos destacar éstos que pueden ser clave. Uno es el 1.238, referido a los efectos de la confesión prestada bajo juramento decisorio, que dice: «La confesión prestada bajo juramento decisorio, ya sea deferido o referido, sólo constituye prueba a favor o en contra de las partes que a él se sometieron y de sus *heredros o causahabientes...*». Gramaticalmente el artículo no puede ser más claro al equiparar la palabra heredero con la de causahabiente. Jurídicamente no permite tampoco otra interpretación esa palabra, ya que sería muy fuerte admitir que una confesión prestada bajo

(97) *Op. cit.*, tomo I, pág. 348.

juramento decisorio, ya sea referido o deferido, pueda constituir prueba no sólo en favor de las partes, sino en favor o en contra de aquel que por negocio jurídico trae causa de una de ellas.

Otro de los artículos que utilizan la palabra «causahabiente» es el 1.252, referente a la presunción de cosa juzgada, supeditando su efecto judicial a que existan una serie de condiciones entre las cuales cita la llamada identidad de personas, diciendo el artículo que «se entiende que hay identidad de personas siempre que las litigantes del segundo pleito sean *causahabientes* de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlos u obligación de satisfacerlos». Aunque el Código aquí no utiliza más que la palabra causahabiente sin equipararla a la de heredero, no debemos olvidar que las otras dos citas del Código Civil, una de ellas equipara herederos a causahabientes (art. 655 del C. C.), y la otra, la del artículo 192 del mismo, es posterior a la confección del Código y, por todo ello, carece de valor interpretativo en relación con la idea que pudo tener el legislador al tiempo de confeccionar el mismo y utilizar la palabra causahabiente. Puede ser que la intención legislativa fuera la de dar amplitud interpretativa a la palabra causahabiente en el sentido que parece entenderla JAIME GUASP (98), al decir que «lo que explica la extensión de la cosa juzgada a quienes, sin haber litigado materialmente en el proceso anterior, estén vinculados a tales litigantes por una *participación*: solidaridad e indivisibilidad, o por una *transmisión*: causahabientes a título universal o singular, de las correspondientes situaciones jurídicas. No obstante, el mismo GUASP tiene que reconocer, porque así lo dice la ley, que la cosa juzgada opera sin límites subjetivos, esto es, goza de eficacia inmutable *erga omnes* o contra terceros en los casos que cita el artículo 1.252 del Código Civil, párrafo 2, y cabe preguntarse ¿quiénes son terceros? ¿Además de todos los extraños, los causahabientes a título oneroso? ¿Sólo los extraños? SÁENZ GIMÉNEZ y FERNÁNDEZ DE GAMBOA (99) citan a SCHONKE en el Derecho alemán, quien considera que la eficacia de la cosa juz-

(98) JAIME GUASP: *Derecho Procesal Civil*, 2.^a edición, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 578.

(99) SÁENZ JIMÉNEZ (J.) y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA (E.): *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, tomo II, vol. I, pág. 121.

gada debe limitarse a las partes y herederos, ya que sólo estas partes tienen la oportunidad de influir con su actuación en el contenido de la sentencia, mientras que a los terceros que no han participado en el juicio no se les puede fundamentalmente obligar por lo establecido en la sentencia, ya que ninguna influencia han ejercido sobre la misma y en tal medida dicha limitación de la cosa juzgada en una manifestación del principio dispositivo.

El Tribunal Supremo considera que hay identidad de personas entre el heredero universal y el causante que fue parte en el anterior pleito (S. de 26 de mayo de 1933). En igual o parecido sentido se pronuncia la de 14 de junio de 1945. Creo, sin embargo, que la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo son poco favorables a nuestra tesis, ya que en las de 15 de junio de 1899, 18 de noviembre de 1903, 1 de mayo de 1906, 10 de diciembre de 1926, 19 de junio de 1928, 11 de marzo de 1949 y 9 de febrero de 1955, consideran, ampliando la dicción del Código Civil, que existe identidad de personas, aunque no sean físicamente las mismas que litigaron en los dos pleitos, si la que litiga en el segundo ejercita la misma acción, invoca iguales fundamentos y se apoya en los mismos títulos que el primero. Pero urge salir al paso de esta doctrina que amplía, como decimos, la presunción de identificación de persona que hace el Código, pero que no dice ni aclara, ni amplía el concepto de causahabiente, sobre todo cuando condiciona la presunción al apoyo en los mismos títulos que el primero. No creo que sirvan de base a nuestra postura las Sentencias de 25 de marzo de 1957, 26 de noviembre de 1957, 17 de marzo de 1958, 23 de diciembre de 1958, 8 de julio de 1960, 22 de septiembre de 1960 y 11 de diciembre de 1961, entre otras.

Ayudan poco los conceptos que doctrinalmente se formulan en torno a la palabra «causahabiente». CASTÁN, por ejemplo (100), dice que tanto los sucesores a título universal como los a título particular merecen en realidad la denominación de causahabientes o derechohabientes; pero en la práctica se aplican con preferencia esos términos a la sucesión particular, y así se emplea a veces la contraposición «herederos y causahabientes» para indicar las dos clases de sucesores. Tampoco es nada alentadora para nuestra postura la idea que formula

(100) CASTÁN TOBEÑAS (J.): *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I. Parte general. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949; pág. 327.

ROCA SASTRE sobre el tercer adquirente (101), ya que dice que es el sujeto que subentra en virtud de negocio jurídico en el derecho de su autor o transferente y, por tanto, en una relación jurídica de éste, singularmente considerada, y, por ello, es «causahabiente» del mismo (*causam habet ab alio*), pero entre vivos. No obstante, al comparar la redacción de los artículos 1.257, 1.252 y 1.238 del Código Civil, considera que este último es el que se produce con mejor redacción, aunque no se sabe si en ello elogia la asimilación que el mismo hace de herederos y causahabientes o, por el contrario, la idea de comprender a herederos y causahabientes como personas distintas, pero asimiladas en sus efectos. Mi opinión es que la palabra causahabiente debe asimilarse a la de heredero, salvo que al emplearla se haga la aclaración de que se trata de un causahabiente a título oneroso o particular. De las citas del Código creo que se desprende que la palabra lleva implícita la idea de subrogación subjetiva, esto es, aquello que SAVIGNY ya dijo muy bien calificándolo de cambio meramente subjetivo de una relación de Derecho que queda una y la misma antes y después de la transmisión. Es precisamente la palabra causahabiente, asimilada o restringida en su acepción al concepto de heredero, la que nos sirve para diferenciar la parte del tercero en el artículo 1.257 del Código Civil: son partes las que otorgan el contrato y las que les suceden a título de herencia, esto es, sus causahabientes; son terceros los que «traen causa» en virtud de un negocio jurídico realizado con una de las partes que no produce subrogación, sino cambio de titularidad (102).

Creo que este concepto restringido late en el Código Civil en una serie de artículos que solamente citaré. En primer lugar, el 192, relativo a los derechos que quedan a salvo del ausente,

(101) *Op. cit.*, vol. I, págs. 646 y 648.

(102) NÚÑEZ LAGOS (R.): "Registro de la Propiedad español". Separata de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, dice que "al margen de esta relación jurídica determinante quedan los extraños (*poenitus extraneus*). El extraño puede intervenir *a posteriori* en la relación jurídica determinante, bien al hilo, sumándose a una de las partes (adhesión de contrato, contrato de adhesión, intervención *litis* consorcial, coadyuvante, etc.), bien de través, cruzando perpendicular u oblicuamente la relación jurídica determinante. Al sujeto que se conecta colateralmente se le llama tercero. La parte está obligada. El extraño, desligado. El tercero mediatamente ligado, pero postergado por el *prior creditor*, pág. 32.

En nuestra obra de *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, en el tomo I, pág. 258, utilizamos este artículo 1.257 del Código Civil para la diferenciación entre *transmisiones y sucesiones*.

sus representantes o causahabientes, aunque, como ya hemos dicho, este artículo, por ser de legislador posterior, puede quedar marginado; el 442, al no imponer al heredero las consecuencias viciosas de la posesión del causante; el artículo 597, que al tratar de las servidumbres constituidas por un comunero en un fundo indivisible establece la vinculación de la que se constituya no sólo para el comunero, sino para sus sucesores, aunque lo sean a título particular; los artículos 1.035 y 1.038, referentes a la colación y deberes de colacionar; el artículo 1.531, relativo a la transmisión hereditaria de los derechos y obligaciones nacidos del comodato; el artículo 1.778, relativo a la venta de la cosa por el heredero del depositario y, por último, en todos aquellos artículos que a sucesiones destina el Código, en los que se perfila el concepto de causante, heredero y late el de *causahabiente*.

Otros artículos permiten también apoyar nuestra opinión. Por ejemplo, podemos citar el 546 del Código Civil, que establece la extinción de la servidumbre predial por reunirse en una sola mano las titularidades de los predios sirviente y dominante. Realmente no es preciso que el dueño del dominante *suceda* al sirviente o viceversa, sino que aunque adquiera por cualquier título vale a efectos de extinción, pero es que ésta se produce por la imposibilidad de una servidumbre sobre cosa propia. Otro artículo alentador para nuestra tesis es el 1.192 del Código Civil, en el que se destaca la idea de la confusión —o la confusión como modo de extinguir las obligaciones—refiriéndola únicamente al fenómeno sucesorio, pues en los otros casos si la reunión en una sola persona procede de una adquisición onerosa o gratuita, estaremos ante el pago o ante una donación que tiene más contactos conceptuales con la figura de la condonación. Pudiera, sin embargo, representar un obstáculo el artículo 1.209 del Código Civil con su doctrina sobre la subrogación, pero ésta sólo la presume el Código Civil en casos excepcionales.

- b) *En diversas legislaciones especiales.*—El panorama de otras normas es algo favorable a la postura que trato de sustentar, y puede servir como ejemplo de un cierto abuso legislativo de la palabra causahabiente. Me hubiera gustado recoger más citas para brindáoslas, pero os debéis conformar, en aras de la brevedad, con estas tres: unas procedentes de la legislación fiscal; otra agraria y otra administrativa y, la última, urbanística.

- En términos generales, la legislación fiscal viene a utilizar la palabra en su sentido restrictivo, aunque incluyendo dentro de la acepción no sólo al heredero, sino al legatario. Así, el artículo 21 (texto refundido de 6 de abril de 1957 sobre legislación de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones), que dice: «Estarán obligados al pago como contribuyentes en las adquisiciones por herencia o legado los *causahabientes*...». No obstante, de dicho artículo se deduce que el único sustituto del contribuyente es el heredero del caudal hereditario. Puede citarse también el artículo 24 del mismo texto dispositivo, en el cual se dice que «en las adquisiciones *mortis causa* servirá de base el verdadero valor de la participación individual de cada *causahabiente*...», y el artículo 30, en el que se dispone que en «las transmisiones de bienes, acciones y derecho de todas clases que se verifiquen por herencia o legado tributarán con arreglo al parentesco entre el causante y el *causahabiente*...», así como el artículo 39, que, al regular las disposiciones a favor del alma no exentas, deben ser tenidas por no hechas, incrementándose su importe a «las participaciones hereditarias de los causahabientes».

En la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 se pueden citar dos artículos que parecen restringir el concepto de causahabiente al del heredero. Así, el artículo 135, al considerar que tanto los deudores como los causahabientes y los acreedores hipotecarios pueden liberar los bienes embargados pagando la deuda tributaria, y el artículo 155, que claramente equipara herederos a *causahabientes* al decir que «los sujetos pasivos o responsables y sus herederos o causahabientes...».

- En la llamada legislación agraria encontramos la de Concentración Parcelaria en su texto refundido de 8 de noviembre de 1962. En su artículo 25, al hablar del causante, se refiere exclusivamente a la sucesión, siendo esta idea luego confirmada por el empleo de la palabra «causahabiente» en su sentido más amplio en el artículo 68, al hablar del titular y «causahabientes» de los asientos relativos a una parcela de referencia y a las nuevas situaciones registrales, que sólo podrán ser atacadas por aquellos frente a los titulares nuevos o sus causahabientes que no gocen de la condición de terceros, lo cual elimina las adquisi-

ciones onerosas. Podríamos citar algún otro artículo, como el 41, que plantea ciertas dudas.

- La legislación de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, al regular el derecho de reversión, dispone en el artículo 54 que, «en caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciere la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes...», palabra que la doctrina ha interpretado en su sentido más amplio por razones de equidad. En este sentido podemos citar a PÉREZ MORENO, PERA VERDAGUER, RODRÍGUEZ MORO y VILLEGAS BASAVILBAO (103).
- En la legislación urbanística, el Reglamento de reparcelaciones de suelo urbano afectado por planes de urbanismo, de 7 de abril de 1966, habla también de causahabiente en el artículo 28 y utiliza la palabra en sentido amplio, pero para que la efectividad de esta amplitud pueda surtir efecto, esto es, para que el causahabiente que demuestre serlo por título o documento fehaciente pueda lograr su inscripción, es preciso que comparezca en el expediente que se instruya el titular registral, o lo que es lo mismo, es preciso su consentimiento expreso o tácito (expresamente por comparecencia y no oposición y tácitamente por no comparecer).

c) *En la legislación hipotecaria.*—Nuestra opinión es que la legislación hipotecaria utiliza la palabra causahabiente en sentido restringido, limitándola a las adquisiciones gratuitas que provocan subrogación, esto es, a las que se identifican con el fenómeno sucesorio. Veamos:

- El artículo clave de nuestro sistema—art. 34 de la L. H.—aporta ciertas claridades a este respecto, pues contrapone claramente las adquisiciones onerosas o a título oneroso que sirven para la protección del tercero y las adquisicio-

(103) PÉREZ MORENO (A.): *La reversión en materia de expropiación forzosa*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1967, pág. 310.

VILLEGAS BASAVILBAO (B.): *Derecho Administrativo*, tomo IV, Buenos Aires, 1956, pág. 460.

PERA VERDAGUER: *Expropiación forzosa*, Barcelona, 1963, pág. 284.

RODRÍGUEZ MORO: *La expropiación forzosa*, Madrid, 1962, pág. 386.

nes gratuitas que eliminan la protección registral, distinguiendo, además, dentro de estas últimas, las que se verifican por título sucesorio y las a título gratuito por donación. No puede ser otro el significado de las palabras *causante* y *transferente* que el artículo utiliza¹⁰⁴, aunque gramaticalmente no esté clara la diferencia.

- El artículo 36 de la misma Ley Hipotecaria, al afrontar el problema de la prescripción a favor y en contra del Registro, distancia en el párrafo 3 los conceptos de *terceros* y *sucesores*, esto es, a los sucesores que no tengan la condición de terceros. Claramente se demuestra que el causahabiente a título oneroso nunca puede ser parte ni sucesor y sí sólo tercero.
- El párrafo 3 del artículo 38 de la misma Ley, al impedir el sobreseimiento del procedimiento de apremio, cuando se justifique debidamente la cualidad de heredero del que aparece como dueño en el Registro y se haya dirigido la acción contra dicha persona en tal concepto.
- El artículo 82 de la tan repetida Ley, en el que la palabra causahabiente tiene un sentido limitadísimo en orden al consentimiento para la cancelación de inscripciones. Pensar que en dicho artículo «los causahabientes a título oneroso» pueden prestar dicho consentimiento sería falsear toda mecánica del Registro, pues, al solicitar dichas adquirentes la inscripción, no consienten en la cancelación de la inscripción anterior, sino que deben mantenerla vigente para que la suya pueda realizarse. A dichos adquirentes les basta con solicitar la nueva inscripción.
- En los tipos de hipotecas con restricciones regulados en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria se ve utilizada la palabra causahabiente en el párrafo séptimo, al hablar de la hipoteca de los bienes vendidos con pactos de retro o a carta de gracia, que pueden hipotecarse si el comprador o su «causahabiente» limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta. ROCA SASTRE (104), al comentar este artículo, restringe el concepto de causahabiente, aunque considera que la intención del legislador en este caso debió ser la de referirse a aquel

(104) *Op. cit.*, tomo IV, pág. 445, nota 2.

que, por cualquier clase de título, adquiere el dominio resoluble. Esto es: ROCA estima mal empleada la palabra causahabiente, que no coincide con la intención legislativa.

- La cita que hace el artículo 201 de la Ley al referirse a los causahabientes en la regla tercera, a los efectos de la citación que debe hacerse, es preciso entenderla limitada a los herederos de la persona de quien procedan los bienes, sobre todo si tenemos en cuenta la aclaración que a este respecto hace el artículo 279 del Reglamento Hipotecario. Lo mismo sucede, o entendemos que debe suceder, con el término de causahabiente que emplean los artículos 202 y 204 de la misma Ley, así como el artículo 213, 3.º de ella.
- En el Reglamento Hipotecario, aparte del artículo 279 ya citado, nos encontramos con otros en los que la palabra causahabiente no puede tener otro significado que el restrictivo que defendemos. Citamos el 179 en orden a las cancelaciones de crédito hipotecario que al referirse al artículo 82 de la Ley, circunscribe el concepto a lo ya dicho. El artículo 206, regla 11, en relación con las anotaciones preventivas, también utiliza la palabra causahabiente, pudiendo admitirse que el legislador pensó en aquellos limitados casos en que tanto los bienes como el derecho anotado son tramitados, pero al tratarse de una norma de tipo general la interpretación lógica aconseja restringir el concepto a las adquisiciones sucesorias. Igualmente puede predicarse del 213 en orden a las cancelaciones durante la proindivisión realizadas por los herederos y a los asientos contradictorios existentes de más o menos de treinta años de antigüedad.

No obstante, esta regla interpretativa de carácter restringido falla en el artículo 32, 2 del Reglamento, que a los efectos de la expropiación forzosa y las legitimaciones para ser notificado en el expediente, por la necesaria conexión que el mismo debe tener con el Registro, se considera que lo son o el titular inscrito o quien justifique ser su «causahabiente», debiendo ser entendida esta palabra en su dimensión amplia, ya que aquí de lo que se trata es de que el expediente sea tramitado con la persona que sea la verdadera titular de los bienes y la legitimación registral sólo se sostiene mientras no se pruebe lo contrario,

de ahí que la regla del artículo 32, 2 del Reglamento exija justificación para lograr esa legitimación.

El balance, como vemos, de esta «peregrinación articulada», si mis comentarios son acertados, resulta francamente favorable al sentido que mantengo. Pero esto no es una competición deportiva en la que juega cuantitativamente un resultado: tantos artículos a favor y tantos en contra y gana el mayor número. Aquí hay que buscar otra razón.

Esta razón pudiera estar muy bien en el antecedente histórico que decide la aparición del artículo 103 del Reglamento Hipotecario. Nos explica el mismo LA RICA (105), al decir que se introdujo para dar mayor flexibilidad al artículo 20 de la Ley Hipotecaria en su redacción, y ponerle así de acuerdo con la antigua redacción del año 1909, en la que se facultaba a los Registradores para suspender o denegar, según los casos. Realmente, y con todos los respetos que merece ese ilustre hipotecarista, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria del año 1909 sí decía eso en su párrafo segundo, pero añadía en el quinto que «en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores *dene-garán* la inscripción solicitada», es decir, lo mismo que viene a decir el artículo 20 actual en su párrafo segundo.

Lo que sucede es que la jurisprudencia que aplicaba esta norma dulcificó su inflexibilidad y enseñó que solamente debe «suspenderse» la inscripción del título presentado cuando resulta otorgado por cualquiera de los «derechohabientes» (RR. de 24 y 30 de junio de 1887). Lo mismo sucedió con las de 14 de febrero de 1863, que consideraron a la falta como subsanable, y a las de 8 de abril y 21 de mayo de 1863, que precisan los casos en los que el Registrador debe suspender y cuándo denegar. A las citadas pueden añadirse las de 28 de julio y 28 de agosto de 1863, la de 6 de abril de 1865 y las de 27 de julio y 1 de diciembre de 1871, en las que, cuando se emplea la palabra causahabiente, se la equipara a adquirente por herencia, contraponiéndose en alguna de ellas los conceptos de transferente y causahabiente. Esta jurisprudencia merecía una mayor atención de la que dedico, pues es en ella donde está la explicación de la intención que guió al legislador al redactar el artículo 103 del Reglamento. Voy a citar solamente la Resolución de 24 de junio de 1889, por tratarse de un caso ocurrido a unas leguas de Santiago, en Padrón, el pueblo de Rosalía. El Estado, fijaos bien, había vendido dos veces una misma cosa: el palacio de Lestrobe. Los apellidos Arbizu y Ozores eran los dos diferentes adqui-

(105) *Op. cit. Innovaciones*, pág. 88.

rentes. El Registrador se negó a inscribir una transmisión hereditaria a favor de uno de los herederos de aquéllos, y solamente se limitó a tomar anotación preventiva en razón de ser causahabiente del titular inscrito a título de herencia...

En suma, el artículo 103 del Reglamento Hipotecario no es más que un producto de una jurisprudencia aclaratoria que dulcifica la regla legal, pero a la que no debe dársele una amplia interpretación que desvirtúe la idea que la preside y derogue otra serie de principios hipotecarios que juegan en determinados supuestos. Todo ello, sin perjuicio de que, al dar a dicha norma esa amplitud, prácticamente queda derogada la ley por un precepto reglamentario.

Una norma reglamentaria que puede en una interpretación amplia dejar sin efecto una disposición legal, no creo pueda resistir una crítica a través de los principios o normas que rigen la interpretación o el principio derogatorio de las normas jurídicas. Una norma que, por el juego del supuesto que como ejemplo poníamos al comienzo, puede dejar sin efecto el fundamental principio de la prioridad base de nuestro sistema, y resolver de una forma contraria lo que dispone el artículo 1.473 del Código Civil, el caso de la doble venta, se me hace difícil de asimilar, y me atrevo a negar rotundamente que pueda tener ese alcance. El rango registral se ganó al ser presentada la escritura de uno de los últimos compradores y, suspendida la práctica del asiento y solicitada anotación preventiva, se procedió a buscar el título que enlazaba esta adquisición con el que registralmente figuraba como titular. Mientras esta busca se realizaba, se presentó el otro título, es decir, aquel que también podía solucionar el tracto del titular registral con otro comprador, y en este caso el Registrador ya no puede seguir calificando aquella falta como subsanable. Debe rectificar—y cabe la rectificación, no olvidemos el art. 116 del R. H.—el Registrador su calificación, y decidir que aquella falta que él consideró subsanable lo es insubsanable y denegar la inscripción que se pretende, no considerando documento complementario del asiento de presentación y de la anotación preventiva al otro título, ingresado posteriormente, que también soluciona el tracto, pero que llega posteriormente al que primero se presenta y también lo soluciona, pero sin enlazar jurídicamente con el que inicia los asientos de presentación. Este título posterior choca abiertamente con el segundo presentado, que, al amparo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil, tiene preferencia y derecho.

Creo que estos argumentos son un poco más consistentes que los del sentido dado a la palabra causahabiente por la Ley Hipotecaria,

sobre todo, cuando la Exposición de Motivos que precede a la última reforma dice esa frase de todos conocida: «A los efectos de la *fides pública*, no se entenderá por tercero al *poenitus extraneus*, sino únicamente al tercer adquirente; es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa...». La falta de precisión terminológica impide utilizar el argumento gramatical como decisivo, ya que podría llevar a una generalización excesiva, y ello hace que sea preciso examinar caso por caso para ver si dando a la palabra causahabiente un sentido amplio o estricto no se lesionan otros principios o se permite la ampliación de ellos.

V

AMPLIACION DEL TITULO INMATRICULABLE

El sistema de lista abierta que nos ofrece el artículo 299 del Reglamento Hipotecario en orden a los títulos inmatriculadores, ha dado lugar a que numerosas leyes especiales, muchas veces con respeto para los principios hipotecarios y otras muchas redactadas por esos «aficionados al Derecho» de que nos habló no hace mucho, con su gracejo habitual, FLORES MICHEO (106), y que alegremente consideran inmatriculable o inscribible determinado título. De agradecer es, sin embargo, que al reconocer valores indiscutibles a la inscripción incluyan en la redacción de sus normas la inscripción o la inmatriculación, pero creo que consultando previamente con un técnico en esta materia. Hacer un repaso de toda esa legislación especial sería interminable. Unicamente aquí voy a plantearos dos casos, uno de legislación especial y otro de práctica jurídica. El primero es de actas de deslinde y el segundo es el de venta con pacto de retro.

- a) *Actos de deslinde*.—Uno de los artículos que podemos calificar de «castigados» por la doctrina que comenta la legislación hipotecaria es el 12 del Reglamento. Se le cita y se le da por existente. Unicamente LA RICA (107), en sus fabulosos comentarios, le dedica un turno interesante. En dicho artículo se declaran «inscribibles e inmatriculables» las copias notariales de las actas judiciales protocolizadas de deslinde y amojonamiento

(106) FLORES MICHEO (R.): "El Derecho y sus aficionados". Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Nacional de Registradores el 14 de marzo de 1969 y gentilmente facilitada por su autor.

(107) LA RICA Y ARENAL (R.): *Modificaciones*, pág. 28.

de fincas, así como los deslindes administrativos debidamente aprobados. El artículo es bien cierto que no emplea la palabra o el concepto de «inmatriculable», pero así hay que deducirlo de la remisión que el mismo hace al artículo 205 de la Ley Hipotecaria («y al amparo, en su caso, del 205 de la Ley»). Quizá en esa referencia al artículo 205 es donde resida el *desliz* del legislador al considerar el acto de deslinde como título hábil a efectos inmatriculadores. SANZ FERNÁNDEZ (108) n oopina de esta forma.

Doctrinalmente existe unanimidad al considerar que el título al que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria debe ser un «título traslativo». Como el artículo 298 del Reglamento Hipotecario se refiere también a los títulos comprendidos en el artículo 3.º de la Ley, es preciso comprender en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria no sólo los notariales, sino también los judiciales y los administrativos, siempre que sean traslativos. El acto de deslinde plantea, pues, el problema de calificar su naturaleza jurídica a efectos de encuadrarla dentro de la categoría de los actos traslativos o los declarativos. Siguiendo la monografía reciente de MENDOZA OLIVÁN (109), podemos concretar las tres posturas que la doctrina y la jurisprudencia adoptan para perfilar dichos actos:

- *La concepción del deslinde como acto declarativo de estados posesorios.*—Ha sido la postura tradicional que la mayoría de la doctrina española ha mantenido: ALVAREZ GENDÍN (110), SERRANO GUIRADO (111), GARRIDO FALLA (112), MALLOL GARCÍA (113) .., apoyada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual, referida al deslinde de montes públicos, dice que «el deslinde de los mismos se contrae a constatar y señalar las situaciones posesorias pre-existentes» (Sentencia de 3 de octubre de 1958) o que «tiene el alcance legal de determinar una situación pose-

(108) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 268.

(109) MENDOZA OLIVÁN (V.): *El deslinde de los bienes de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, págs. 119 y sigs.

(110) ALVAREZ GENDÍN: *Manual de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941, páginas 307 y 308.

(111) SERRANO GUIRADO: "El procedimiento administrativo en los deslindes de montes públicos", *Revista de Administra Pública*, 2 (1950), págs. 109, 130.

(112) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, 2.ª edición, II, págs. 423 y 476.

(113) MALLOL GARCÍA: "El deslinde de bienes de las Entidades locales", *Revista de Estudios de la Vida Local*, 83 (1955), págs. 744, 779.

soria» (Sentencia de 5 de octubre de 1963), debiendo de «practicarse por la Administración respetando las situaciones posesorias actuales e indubitables» (Sentencia de 22 de febrero de 1959).

- *Tesis del deslinde como acto declarativo, pero de la titularidad dominical de la Administración.*—Es la postura que defiende MENDOZA OLIVÁN en su monográfico trabajo que le sirve de tesis doctoral y que tiene antecedentes importantes en la doctrina extranjera: francesa, belga e italiana (MOREAU, JOURNE, BONNAR, BUTTGEBACH, ZANOBINI, SANTI ROMANO, DE LUCA, etc.). La tesis del autor se resume bajo estas palabras: «La fijación unilateral de los linderos por la Administración Pública representa la fabricación administrativa de un título jurídico de propiedad respecto de bienes determinados, al servicio de cuya exclusividad se realiza el deslinde. Esto no es, pues, en definitiva otra cosa que un acto administrativo de afirmación, sobre bienes concretos, de la condición de *dominus* que a la Administración corresponde genéricamente en relación con las categorías de bienes demaniales legalmente establecidas.»
- *Postura que atribuye al deslinde el valor constitutivo de la demanialidad.* Procede este criterio del Derecho francés y se basa en el llamado *plan d'alignement*, que normalmente presupone una transformación de la calidad de los terrenos que son transferidos a la Administración e incorporados al patrimonio público. El plan viene a ser una especie de «expropiación indirecta forzosa».

En el Derecho español juegan alternativamente las dos tesis primeramente expuestas, por lo que debemos llegar a la conclusión de que el deslinde, atributivo o no de la calidad de demanial de los bienes y calificado de acto de dominio o de posesión, no pasa de ser un fenómeno declarativo, pero nunca traslativo. Si esta conclusión es cierta habrá que negar al título administrativo en que conste la aprobación del mismo el carácter inmatriculable, aunque el artículo 12 del Reglamento diga todo lo contrario. ROCA SASTRE (114) confirma esta tesis diciendo que «los deslindes judiciales o administrativos, por no entrañar directa transferencia de propiedad, ya que son de esencia de-

(114) *Op. cit.*, tomo III, en la pág. 385.

clarativa, pues delimitan el lugar hasta donde confinan las fincas de propietarios colindantes», no pueden reputarse títulos de transferencia dominical de fincas. En igual sentido puede citarse a LA RICA (115), que circunscribe el deslinde a un acto de fijación de límites.

En el examen de la legislación especial veremos qué línea es la que prevalece. La Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, mal interpretada en este punto por MENDOZA OLIVÁN (*op. cit.*, pág. 153), acierta a resolver el problema con intuitiva sensibilidad registral, pues en su artículo 16 establece que si la finca objeto del deslinde se encontrara ya inscrita en el Registro de la Propiedad se procederá a inscribir el deslinde administrativo, debidamente aprobado; pero si la finca objeto del deslinde no está inscrita será preciso la previa inscripción de ella, mediante el título inmatriculador del dominio o la certificación librada conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, inscribiéndose a continuación el deslinde. Confirma esta idea el artículo 34, apartado 3 del Reglamento de dicha Ley, que exige en la memoria inicial de los expedientes de deslinde debe hacerse referencia al «título de propiedad y, en su caso, certificación de inscripción en el Registro de la Propiedad...», y el artículo 47, que exige la aportación del título de propiedad y, si se tratare de bienes patrimoniales, inscripción en el Registro... En suma, se exige o que la finca esté inscrita, o que se inmatricule previamente, pues el acto de deslinde, con su carácter declarativo, no se entiende viable a los efectos inmatriculadores. Nosotros ya habíamos apuntado que esta Ley sigue el criterio que marca el artículo 376 del Reglamento Hipotecario (116).

La legislación de Montes de 8 de junio de 1957 (complementada por el Reglamento de 22 de febrero de 1962) parte de una idea distinta y se acerca al artículo 12 del Reglamento

(115) *Op. cit.* en la pág. 28 de las *Modificaciones*, diciendo: "siempre ha sido considerado el deslinde como un título declarativo. Así lo entendieron ESCOSURA y MORELL, y así lo ratificó la Resolución de 20 de marzo de 1901, que declaró que las actas de deslinde judicial no son bastantes por sí solas para que se practique la inscripción a nombre de determinada persona, porque es necesario que se extienda previamente la inscripción de propiedad (o posesión) de los terrenos deslindados, puesto que dichas actas, aunque son documentos auténticos, sólo acreditan la determinación de los límites de la finca contra los dueños de los predios colindantes, pero no justifican la legítima adquisición del dominio de la misma.

(116) CHICO ORTIZ (J. M.^a) y BONILLA ENCINA (J. F.): *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1967, pág. 791 (tomo I).

Hipotecario, pues considera que la resolución definitiva del expediente de deslinde es título suficiente para la inmatriculación del monte (art. 11, 2 de la L. de M.). No obstante, se hace necesaria una cierta precisión en este punto, pues son cuatro los posibles asientos que con relación a los montes se pueden practicar legislativamente: 1) La inscripción obligatoria de los montes, estén o no deslindados. 2) Anotación preventiva que acredite la existencia del deslinde o la falta de previa inscripción del monte. 3) Inscripción del derecho real de vuelo; y 4) Nota marginal del acuerdo de deslinde.

Prescindiendo del supuesto del derecho real de vuelo, hemos de contemplar el supuesto de que el monte figure ya inscrito y se acuerde su deslinde; lo procedente es la extensión de una nota marginal que acredite la situación de deslinde, conforme al artículo 80 del Reglamento. Una vez recaída resolución firme del expediente de deslinde, la misma servirá para la inscripción definitiva del deslinde, que puede provocar la confirmación o rectificación de la inscripción. Para el caso de que el monte no estuviera inscrito, a pesar de que su inscripción sea obligatoria, la legislación de montes prevé el supuesto de una anotación preventiva, que debe ser tomada por dos conceptos: para acreditar la existencia del deslinde y la falta de previa inscripción. Aunque la Ley no se produzca con claridad en este punto, así debe entenderse.

Si el monte está inscrito, como hemos visto, no procederá más que un asiento de inscripción para acreditar la resolución definitiva de deslinde. Si el monte no está inscrito y solamente se ha practicado anotación preventiva del deslinde en marcha y de la falta de inscripción, tampoco puede decirse que la resolución definitiva del deslinde tenga virtualidad inmatriculadora, ya que al reconocer a la misma los mismos efectos que los de demanda, el ingreso del monte en el Registro se verificaría por el fenómeno de la conversión. GRAU (117) estudia solamente esta anotación en su proyección de la caducidad.

(117) GRAU (S.): *Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes con notas de jurisprudencia*, Madrid, 1966, pág. 165. Dicho autor dice que el plazo de la anotación preventiva por declaración de deslinde forestal es el de *cuatro años* señalado para las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, según cuyo precepto pueden prorrogarse por otro plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes que caduque el asiento.

Al no estar muy claro en la Ley de Montes si el plazo de vigencia que el mismo artículo 11 cita respecto de las anotaciones de deslinde sobre fincas que se consideren incluidas en el monte (y que tiene una vigencia de cuatro años,

Creemos que la solución doctrinal del deslinde está en la precisión de su verdadera naturaleza jurídica, que, a nuestro juicio, es encuadrable dentro de lo que la técnica jurídica italiana (COVIELLO, STOLFI, ASCARELLI, CARNELUTTI, etc.) denominó «negocios de fijación jurídica», y que vienen enmarcados en una clasificación superior llamada «negocios declarativos». Prácticamente es la idea que mantuvo en nuestra patria MARTÍN LÓPEZ al calificar a la partición como un acto determinativo o especificativo de derechos, aquí delimitativo de derechos. Si esto es así, el deslinde administrativo no debe ser acto jurídico hábil para verificar la inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, máxime cuando a la Administración ya se le concede la posibilidad de inmatricular al amparo del artículo 206 de la misma Ley. Una vez inmatriculado el monte, eso sí, procede una inscripción especial para hacer constar el deslinde que puede extrañar una de estas finalidades: dejar la finca en linderos y cabida tal y como está inscrita, hacer constar un exceso de cabida, una disminución de la misma, una rectificación de linderos o situar «enclavados» dentro de la superficie registrada.

El artículo 12 del Reglamento Hipotecario regula otra forma de deslinde llamada judicial y que puede ofrecer una triple manifestación:

pero contados a partir de la fecha de la resolución por la que se dé por finalizado el deslinde que las motivó, según el mismo artículo 11 de la Ley y 107 del Reglamento), la norma aplicable será la del artículo 86 de la Ley Hipotecaria; aunque debe tenerse en cuenta que esa anotación preventiva se toma siempre por dos conceptos: por deslinde y por falta de previa inscripción de la finca (pues si estuviera inscrita, lo procedente es la nota marginal del deslinde), y conforme al artículo 199, 1.º, del Reglamento Hipotecario, esta anotación deberá caducar cuando venza el plazo de la de *menor duración*, a no ser que se hubiese subsanado el defecto o cumplido el requisito cuya falta motivó esta última.

Entendemos, y con ello queremos aclarar una interpelación que inteligentemente apuntó nuestra compañera MARÍA TERESA GUERREIRA, que la nota marginal de deslinde que a espaldas de la Ley ha introducido el Reglamento en el artículo 80, 2.º, solamente procede extenderla al margen de la *inscripción de dominio del monte*, conforme dice claramente el texto normativo. Por ello, si el monte sólo figura anotado, para proceder a la extensión de dicha nota es preciso convertir la anotación en inscripción mediante el documento adecuado que podría ser la certificación administrativa de dominio. Cuando el monte no está inscrito, será preciso inscribirlo previamente para poder extender esa nota. Claro está que el argumento de los Ingenieros, por la equivocada dicción de la Ley, es contundente ante nuestra postura: lo mejor será entonces esperar a que termine el deslinde, y entonces el monte será inmatriculable. No debe olvidarse que también la Ley dice que la inscripción de los montes es obligatoria. lo mismo que el deslinde posteriormente realizado.

- El deslinde por vía del expediente de jurisdicción voluntaria, en la que el Juez preside, dirige y concilia, procurando la avenencia de los interesados, y, si ésta se produjere, son los mismos interesados, como dice MANRESA, los que en el acto acuerdan el mismo (art. 2.070 de la L. E. C.).
- El proceso, también voluntario, cuando existe ausencia de uno de los interesados, y que viene a ser sustituida por el Juez, que vigila sus intereses (art. 2.064 de la L. E. C.). Se extiende en un acta que, al amparo del artículo 12 del Reglamento Hipotecario, es inscribible e inmatriculable.
- El proceso contencioso regulado por los artículos 2.064, 2.070 y 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que termina en sentencia declarativa y concreta los límites de la propiedad cuestionada.

Decía LA RICA (118) que la referencia que el artículo 12 del Reglamento Hipotecario hace al artículo 205 de la Ley debe entenderse referida al artículo 298 del Reglamento, que desenvuelve dicho precepto legal, y concretamente al número 1 del mismo, que permite inscribir sin el requisito de la previa inscripción, los documentos comprendidos en el artículo 3.º de la Ley, anteriores a 1 de enero de 1945, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento, y precisamente en ese precepto encajan las actas de deslinde anteriores a 1945, que son títulos declarativos contenidos en documento fehaciente de los contenidos en el artículo 3.º de la Ley. Concluye diciendo que las actas notariales serán inscribibles en el Registro cuando la finca deslindada aparezca previamente inscrita, produciendo solamente inmatriculación las que sean anteriores a 1945. SANZ FERNÁNDEZ da otra interpretación (119).

(118) *Op. cit.*, *Modificaciones*, pág. 28. Claro está que este argumento que utiliza LA RICA pudo ser válido hasta que el Reglamento Hipotecario se reformó conforme al Decreto de 17 de marzo de 1959, en el cual el número 1 del artículo 298 del Reglamento pasó a declarar inscribibles los documentos a que se refiere el artículo 3, siempre que sean anteriores en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, lo cual hace que aplicando el razonamiento del autor debamos admitir la inmatriculación de las actas de deslinde anteriores en un año a la fecha en que se solicite la inscripción. Pero más que esta conclusión nos preocupa el comentario que este autor hace en sus *Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, en su página 175, en los cuales dice: "con lo cual no solamente las escrituras públicas transmisivas son inmatriculables, sino también toda clase de documentos".

(119) SANZ FERNÁNDEZ (A): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, en su página 268, aclara un poco más el problema considerando que la referencia que el artículo 12 del Reglamento hace a los artículos 20 y 205 de la Ley Hipote-

El negocio jurídico de deslinde realizado entre el propietario del terreno y sus colindantes es la tercera manifestación del deslinde. Se trata del ejercicio de la facultad que se concede a todo propietario en los artículos 384 y siguientes del Código Civil, que si bien impone un orden en relación con las bases sobre las que ha de realizarse (títulos, posesión, otro medio de prueba o por partes iguales), nada impide que se realice de mutuo acuerdo entre el propietario y el colindante o colindantes afectados en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Así viene también a deducirse de la Resolución de 15 de diciembre de 1948, en la que se dice que la falta de avenencia puede ser siempre subsanada por «escritura pública». Igualmente tiene su apoyo en el juego del artículo 298, 5.º letra A) del Reglamento Hipotecario, que condiciona la inscripción de los excesos de cabida a que no existan terceros colindantes que pudieran ser perjudicados, pues si lo fueran sería preciso su consentimiento.

Una de las consecuencias del deslinde es precisamente el exceso de cabida o su disminución, pero ello no debe entenderse como un acto atributivo de propiedad, sino que es una consecuencia de una fijación de límites que al ser rectificadas con arreglo a una realidad provocan una ampliación o disminución superficial de la finca. En esta línea está PALÁ MEDIANO (120), que califica el deslinde como un acto declarativo, comportando la *adjudicatio*, no una atribución de derechos de propiedad, sino un valor «declarativo-dispositivo de derechos ya existentes, de derechos dominicales en una zona de terreno incierta, objetiva o subjetivamente.

Aceptando esta postura, es preciso concluir que la escritura pública en la que el propietario con los colindantes delimitan la propiedad de aquél, atribuyéndola otros linderos y una ma-

caria puede tener la siguiente explicación: la referencia al 20 de la Ley con el alcance de exigir la previa inscripción de la finca deslindada y la del 205 de la Ley con la finalidad de exigir en caso de finca no inscrita la previa inmatriculación mediante el título de dominio correspondiente, ya que no puede referirse a las actas de deslinde por no ser títulos de dominio. Se apoya en una razón histórica, trayendo a colación el antiguo artículo 17 del Reglamento Hipotecario de 1915, que hacía una referencia al 20 de la Ley, que trataba conjuntamente el problema de la previa inscripción y de la inmatriculación, pero al ser desdobladas ambas materias en los artículos 20 y 205 se hizo referencia a los dos que habían sustituido al primero, aunque dicha referencia sólo debió hacerse al artículo 20, ya que el Reglamento de 1915 sólo podía referirse a los párrafos primero y segundo del artículo 20 y no al tercero.

(120) PALÁ MEDIANO: "Deslinde y amojonamiento", *Revista Jurídica de Cataluña*, 6 (1954), pág. 518.

yor cabida, no sería más que un acto inscribible, pero no inmatriculable. En esto estoy con la doctrina más autorizada de ROCA (121), LACRUZ BERDEJO (122) y SANZ (123), etc., que consideran al exceso de cabida no como un supuesto de inmatriculación de superficie no inscrita, ya que la finca figura inscrita en el Registro, sino como un supuesto de inscripción en el que se «rectifica» una superficie mal expresada en el asiento. Se trata, pues, de un supuesto de rectificación, mediante inscripción nueva, de medida superficial o, como dice el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, de «hacer constar» la mayor cabida o de «rectificar la extensión» de que nos habla el artículo 201, 2 de la Ley Hipotecaria. Por eso esta escritura excede de los estrechos límites del artículo 298, 5 del Reglamento Hipotecario, en el cual, en su letra C), se exige que el exceso resulte de cualquiera de los títulos traslativos de los cuatro números anteriores que señala, aunque no creo que el exceso de cabida por estar incluido en un título traslativo se convierta en acto de esta clase (124).

- b) *Escritura con pacto de retro.*—La escritura pública con pacto de retro ha sido tradicionalmente el biombo que ampara un préstamo la mayor de las veces usurario, pero que actualmente puede tener otra serie de aplicaciones en orden al campo registral. Aunque la facilidad del acceso registral sea portentosa a través del criterio de lista abierta que señala el artículo 299 del Reglamento Hipotecario, se sigue tropezando con esa te-

(121) *Op. cit.*, tomo II, pág. 486.

(122) *Op. cit.*, pág. 97.

(123) SANZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, página 259.

(124) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 267. Este autor llega a parecidas conclusiones que las apuntadas, ya que estima inscribibles las escrituras públicas en que el titular de la finca, con la intervención y consentimiento de los titulares de los predios colindantes, determina los linderos y la medida superficial exacta de la finca. Apoya su tesis en las siguientes razones: a) La naturaleza misma del deslinde que tiene por finalidad precisar de un modo exacto los límites o linderos de las fincas, y bien sea título declarativo o traslativo, es inscribible al amparo del artículo 2 de la L. H. b) La finalidad que persigue el deslinde al tratar de evitar todo perjuicio a los propietarios colindantes que se logra por este otro medio. c) El carácter inscribible que el artículo 12 da a los deslindes. d) La interpretación que el autor da a los artículos 20 y 205 referidos por el 12 del Reglamento y ya vista antes. e) La Resolución de 20 de marzo de 1901 que negó la inscripción del deslinde por no justificarse la adquisición del exceso no es argumento suficiente, pues la superficie que figura dentro de los linderos ya está inscrita, siendo cosa distinta el supuesto de una agregación de terreno que no formaba parte de ella.

rrible falta de titulación y esa difícilísima reanudación de tracto interrumpida hace muchos años.

Ante la falta de previa inscripción, la práctica usual arbitró lo que un Letrado aficionado también al Derecho llama «fabricar un doscientos cinco», y que él aplica sin saber si la finca está inscrita, expropiada, enajenada, desaparecida, etc. El ha oído que hay un artículo llamado 205 y que cree que queda bien con su cita, algo ceremoniosa. En el caso que os refiero no fui yo el calificador, sino el calificado, y a imagen y semejanza—quizá por contagio—de mi amigo el Letrado, fabriqué un artículo 205, pero a base de una escritura pública de compraventa con pacto de retro. El mecanismo normal, como todos sabéis, es que el titular actual venda a un amigo y que el amigo al día siguiente o dentro de varios días le venda a él. Todo sobre la base de que el primitivo vendedor y ulterior comprador tenga la finca catastrada a su nombre o se encuentre tomada razón en el Registro Fiscal, Amillaramiento o Catastro. No obstante, este mecanismo tropieza con dos obstáculos: uno fiscal y otro registral. El fiscal es la doble tributación por las dos ventas. El registral se interpone por la exigencia legal de que para que el segundo título sea inscribible es preciso que la finca esté catastrada no a nombre del comprador, sino al del vendedor, aunque en todo caso, pasado un año, y por el juego del artículo 298, 1 del Reglamento Hipotecario, sería inscribible el documento.

Para salvar el obstáculo fiscal, podríamos acudir a la escritura con pacto de retro, pero ello lleva implícito otro tropiezo, y es el del concepto o acepción que debemos dar a la adquisición en virtud del retracto, así como el latente de la constatación catastral a favor del retraído y no del retrayente. Intentaremos resolver ambos problemas:

- El primer problema es el de dilucidar si la escritura pública en cuya virtud se ejercita el derecho de retracto por el vendedor que se reservó este derecho es un «título traslativo» que puede tener encaje en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Aunque creo que la cosa está clara en el caso que nos ocupa, tuve que defender mi postura. Sé, como todos vosotros, que títulos auténticamente traslativos no caben dentro del Derecho español. Lo dijo, muy bien

dicho por cierto, NÚÑEZ LAGOS (125): el tráfico jurídico no es más que un trasiego de valores de un patrimonio a otro. Este tránsito desde la orilla de un patrimonio—el del transmitente—a la del otro—adquirente—se realiza para el tráfico normal por un puente: negocios jurídicos reales, contratos traslativos...; es decir, aquellos que tienen por causa la transmisión del dominio. No obstante, esta categoría de contratos traslativos de dominio no existe dentro del Derecho español, ya que por el juego de la teoría del título y el modo el contrato no es más que el título que posibilita la transmisión complementado por el modo o *traditio*.

Mientras en el retracto legal no existe más que una subrogación en el lugar del que adquiere el derecho, en el convencional sólo existe un derecho a *recuperar* la cosa vendida. Recuperar, readquirir o recobrar la cosa vendida son expresiones que aclaran el fenómeno de la retroventa. El problema reside en saber si existe o no fenómeno traslativo en esa consecuencia. La doctrina ha calificado unánimemente a la compraventa con pacto de retro como sujeta a una condición resolutoria (126). El vendedor ha transmitido—hay título traslativo—al comprador, quien adquirirá irrevocablemente caso de no ejercitarse el retracto, pero quien verá resuelta su venta, debiendo restituir la cosa, en el caso de ejercitarse. El vendedor recupera la cosa libre de toda carga, diciéndonos BADENES GASSET (127) que es como si «comprase de nuevo», ya que debe pagar el precio y los gastos del artículo 1.518 del Código Civil.

Entender otra cosa sería o supondría negar fenómenos traslativos al cumplimiento de condiciones resolutorias que provocan registralmente cancelaciones de la adquisición y

(125) NÚÑEZ LAGOS (R.): *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 3.

(126) CASTÁN TOBEÑAS (J.): *Op. cit.*, tomo III, pág. 61.

(127) BADENES GASSET (R.): *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 34: "no es retracto si hubo un tiempo durante el cual no obró su voluntad sobre aquélla, ya que si se realiza una nueva adquisición no es retroacción jurídicamente hablando, como no lo sería si en lugar de comprarla de nuevo le hubiera sido dejada en testamento o donada por el que fue su comprador". No obstante, dicho autor, en contra de PUIG BRUTAU, como luego veremos, no considera que se trate de un derecho de adquisición *preferente*, ya que la idea de preferencia hace relación a otros, concepto ajeno a esta figura.

vivencias de la inscripción anterior. Tampoco significa argumento en contra pensar que el retracto convencional es un *derecho real* ejercitable en contra de terceros, ya que si bien es cierto que lo es, nada tiene que ver a efectos de inscripción, pues únicamente debe ser considerado como el *título* causante de la nueva adquisición del titular del mismo. PUIG BRUTAU (128) lo explica diciendo que no se trata de un derecho de adquisición, sino de readquisición. Por tanto, cuando el vendedor se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida en las condiciones que señalan los artículos que regulan la materia, surge un derecho real de origen convencional que faculta al enajenante para la readquisición de la cosa transmitida. En este sentido puede ser considerado como un derecho real la adquisición de origen convencional.

Saliéndose un poco del tema debemos apuntar la finura jurídica con que SANZ (129) trata el problema del retracto en orden a la figura del tercero, considerando que la adquisición en virtud del retracto convencional no sirve para la creación de la misma.

- El hecho de que el Reglamento exija que la finca esté catastrada a nombre del «transmitente» puede ser un pequeño obstáculo a este juego inmatriculador, pues si bien esto se cumple en la primera transmisión, ya no puede esgrimirse en la segunda, aunque con ella se pongan de acuerdo Catastro y Registro. Esta pequeña dificultad creo que puede salvarse haciendo que se tome la nota de alta a favor del comprador y esperar los días precisos para otorgar la retroventa.

Debo confesar que las facilidades que se me dieron para esta inmatriculación evitaron que consultase jurisprudencia sobre el posible caso, que, como las películas del Oeste, terminó bien. No obstante, me gustaría añadir que este procedimiento pudiera ser una gran solución reanudatoria del tracto, sin ne-

(128) *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III, *Derecho de Cosas*. Bosch. Barcelona, 1953, pág. 597, sitúa el derecho de retracto convencional dentro de los derechos de adquisición preferente, encuadrando el retracto convencional dentro de lo que la técnica alemana llama recompra (Wiederkauf).

(129) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *El Registro y la realidad jurídica* (A. A. M. N.), tomo XIV.

cesidad de provocar la temible doble inmatriculación. Lo mismo que en las inmatriculaciones se publican edictos en los tablones de los Ayuntamientos para confirmar la inscripción practicada, aquí también podría hacerse lo mismo, dando a esta publicación un doble efecto: el de «confirmar» la inscripción realizada por la compra con pacto de retro y la de «cancelar» las inscripciones que tuvieran treinta o más años de antigüedad y que se opusieran a la que es objeto del asiento. Este medio u otro similar (diligencia notarial en el edicto de testigos que afirmen notoriedades...) podría ser la gran solución para esos difíciles casos de reanudación del tracto que tanto perjudican a la mecánica del Registro.

JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

La primera codificación liberal en España (1808-1823)

La historia de nuestra codificación, a lo largo del siglo XIX, está por hacer. La conocemos a través de esquemas generales, que no descienden al detalle de los esfuerzos, de los proyectos y comisiones, y estudian su desarrollo en uno u otro sector, sin preocuparles el sentido total de tan importante fenómeno jurídico de la España contemporánea. Naturalmente existen valiosas aportaciones, pero no se ha intentado una visión completa de sus etapas y realizaciones. Todavía menos podemos contar hoy con un análisis de los principales cuerpos y proyectos desde un punto de vista interno, situando a cada uno de ellos en su sentido, marcando influencias, importaciones del exterior o conservación—remodelada—de nuestras instituciones tradicionales (1).

(1) Para alcanzar una idea de la bibliografía actual sobre la codificación, puede verse, en la codificación civil, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a edición, tomo I, Madrid, 1899, 510-604; F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, I, 185-210; la codificación penal española ha sido más estudiada y de ella se ocupan los diversos manuales, y extensamente L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 3.^a ed., tomo I, Buenos Aires, 1964, 755-779, existiendo algunos estudios sobre los diferentes códigos; J. R. CASABÓ RUIZ, *El código penal de 1822*, tesis doctoral, Valencia, 1968, con extracto impreso; R. CASTEJÓN CALDERÓN, "El proyecto Sainz de Andino de código criminal de 1830, *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 174 (1943), 38-41; V. ROMERO GIRÓN, "Pacheco y el movimiento de la legislación penal en España en el presente siglo", *La España del siglo XIX*, Madrid, 1887, III, 173-195; J. ANTÓN ONECA, "El Código penal de 1848 y don Joaquín Francisco Pacheco", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, XVIII (1948), 473-495; E. CUELLO CALÓN, "Centenario del Código penal de 1848. Pacheco, penalista y legislador. Su influjo en este campo legal", *Información jurídica*, 65, octubre 1948, 5 ss.; F. CASTEJÓN, "Apuntes de historia política y legislativa del Código penal de 1848", *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 193 (1953), 105-113; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, "Don Joaquín Francisco Pacheco en el centenario del Código penal español", *El Criminalista*, IX (1951), 11-33; D. TERUEL, "El Código de 1848 en su centenario", *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, IV, 40 (1948), 8-13; J. ANTÓN ONECA, "El Código penal

Pretender ahora una aportación al tema sería excesivo, a menos que delimite exactamente cuál es el sentido y límites cronológicos de estas páginas.

En primer término quiero precisar los rasgos del esfuerzo codificador en los dos primeros períodos liberales, en las tareas y resultados de las Cortes de 1810 a 1814 y en las del trienio liberal. Para épocas posteriores, el archivo de la Comisión general de codificación en el Ministerio de Justicia conserva extensos materiales, que habrían de tenerse en cuenta, incluso para una elaboración mínima del proceso codificador español. Por otro lado, procuro atenerme a una consideración externa y primera de las actividades y realizaciones de aquellas Cortes liberales del reinado de Fernando VII, pues creo imprescindible delinear el marco general de la codificación en esta etapa, de manera completa, total. Quiero hacer ver los mecanismos jurídicos que la llevaron a cabo, así como precisar los pasos y fechas de los proyectos y códigos. Lo creo importante y perfectamente hacedero desde los materiales de que dispongo (2).

de 1870", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, XXIII (1970), 229-251; R. NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870*, Salamanca, 1969; la tesis doctoral de GONZÁLEZ MIRANDA, *Historia de la codificación penal en España*, Madrid, 1907, y trae buena panorámica Q. SALDAÑA en sus adiciones al tomo I del *Tratado* de v. Liszt.; en materia mercantil, J. RUBIO, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, así como las exposiciones de L. Benito y la de F. Blanco Constans en sus manuales; sobre procesal, L. PRIETO CASTRO, "La Instrucción del Marqués de Girona «para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la Real justicia ordinaria»", *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 192 (1953), 114-133, y F. FAIRÉN GUILLÉN, "Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855", *Actas del I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho procesal*, Madrid, 1955, reproducido en *Temas del Ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, I, 19-111.

Recientemente parece decidida la comisión de codificación a proporcionar-nos interesantísimos materiales inéditos que permitirán el estudio del tema, con *Crónica de la Codificación española*, 1, *Organización judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

(2) Las fuentes esenciales para este estudio son las sesiones de Cortes, en los dos primeros períodos liberales, a saber: *Diario de las Cortes generales y extraordinarias* (24 septiembre 1810-20 septiembre 1813), 9 vols., Madrid, 1870-1874; *Cortes. Actas de las sesiones de la legislatura ordinaria de 1813* (1 octubre 1813-19 febrero 1814), Madrid, 1876; *Cortes. Actas de las sesiones de la legislatura ordinaria de 1814* (1 marzo-10 mayo 1814), Madrid, 1876; *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura de 1820* (26 junio-9 noviembre 1820), 3 volúmenes, Madrid, 1871-73; *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura de 1821* (20 febrero-30 junio 1821), 3 vols., Madrid, 1871-73; *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria* (22 septiembre 1821-14 febrero 1822), 3 volúmenes, Madrid, 1871; *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura de 1822* (15 febrero-30 junio 1822), 3 vols., Madrid, 1872-73; *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria* (1 octubre 1822-19 febrero 1823), 2 vols., Madrid, 1872-75; *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Madrid en el año de 1823*, Madrid, 1885; *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, Madrid, 1888.

También el Código penal de 1822, en la *Colección de los decretos y órdenes*

Existe notable diferencia entre las realizaciones de las primeras Cortes liberales y las del trienio. Inmediatamente aparece el contraste entre ellas, si consideramos que en el primer período—cuatro años—no se logró avanzar en la codificación civil, penal y mercantil, aunque su labor fue inmensa por la elaboración de la Constitución de 19 de marzo de 1812 y los múltiples decretos que van cambiando el panorama político y jurídico de nuestra nación; mientras, en el segundo período—de tres años—se alcanzaría la aprobación del código penal y la elaboración de una parte del proyecto de código civil y los proyectos de procedimientos criminales y de sanidad. Sin duda, los tiempos fueron más propicios, pues la guerra y la desolación con que se enfrentaron las Cortes de Cádiz hace del trienio una época relativamente tranquila. Mas quisiera mostrar, asimismo, una razón estrictamente jurídica para explicar el contraste apuntado. El criterio distinto en la formación de las comisiones redundó en ventaja para los legisladores de 1820 a 1821 y confirió a sus trabajos codificadores esa celeridad que asombra a quien considere los resultados de su tarea. Aparte, recogieron la experiencia de las primeras Cortes, una Constitución ya terminada, una extensa legislación que les desembarazaba de numerosos problemas de la transformación liberal. Pero, con todo, es menester resaltar su mayor aportación al proceso codificador, debido a la mayor eficacia de sus comienzos; sin pretender, naturalmente, ninguna comparación valorativa, sino buscando describir, en unas y otras Cortes, el afán y esfuerzos para la codificación. Incluso, presentando algunas consideraciones acerca de su diferente manera de parcelar las zonas jurídicas que debían ser materia de los nuevos códigos.

La idea de código liberal se perfila con la irrupción racionalista y ordenadora que madura en la Revolución francesa. Con claros precedentes en la codificación ilustrada, los primeros códigos liberales comienzan a escribirse en Francia a primeros del siglo XIX, recogiendo proyectos y aspiraciones evidentes desde 1789. Los códigos y las constituciones son dos maneras nuevas y fundamentales en la legislación liberal; ambos se encuentran esencialmente conectados, siendo las constituciones trasunto de la mentalidad codificadora en lo fundamental y político, o bien los códigos desarrollo de los principios de ellas, en

generales expedidos por las Cortes, IX, Madrid, 1822, 211-381; el *Proyecto de Código Civil*, que presenta la comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820. Impreso de orden de las mismas. En la Imprenta nacional. Año de 1821; el *Proyecto de código de procedimiento criminal presentado a las Cortes por la comisión especial nombrada al efecto*. Impreso de orden de las mismas. En la Imprenta nacional. Año de 1821; y el *Proyecto de código sanitario para la Monarquía española*. Impreso de orden de las Cortes. En la Imprenta nacional. Año de 1822. Sobre el proyecto penal del trienio, véase la nota 27.

materias más o menos apartadas de la fundamental distribución de poderes y fijación de los derechos individuales.

Los códigos liberales significan algo nuevo. Son una ordenación de preceptos, colocados en un articulado coherente, enunciados de manera simple, sencilla y directa. Son redacciones de nueva planta que no se contentan con sistematizar y armonizar leyes anteriores, de diversa procedencia cronológica. Sus redactores consideran las cuestiones jurídicas, las analizan y dan soluciones directa y llanamente. Creen que sus disposiciones no son producto de un lugar y tiempo determinados, pues, inspirados en un optimismo racionalista y iusnaturalista, pretenden descubrir los principios intrínsecos del derecho justo, regulando de una vez para siempre las diversas materias. De ahí la gran facilidad de exportación a toda Europa y a América de soluciones y preceptos de los códigos franceses, los primeros de la revolución liberal. El derecho anterior poseía un sentido diferente, las leyes se establecían y conservaban a través de años y siglos, encontrando en su permanencia de inspiración romana expresión de su justicia. El derecho del Antiguo Régimen fue conservador y constante, muchas veces reiterado, otras retocado por el cambio de circunstancias, pero siempre con tendencia a reponerlo en su sentido primero. Por otro lado, se apoyaba en la continuidad del poder de los monarcas, mientras la legislación liberal apeló a la aprobación por el pueblo, a través de su representación en las Cortes contemporáneas.

Además, los códigos liberales se caracterizan también por sus contenidos. Las constituciones aceptaron, con diverso matiz, la separación y equilibrio de los tres poderes; los códigos y la legislación liberal europea, por su parte, recogían principios y soluciones pertenecientes a las nuevas ideas que provocaron la caída del sistema anterior y aseguraban las directrices esenciales de la revolución liberal. Porque los cambios jurídicos se orientaban paralelos a las transformaciones políticas, sociales y económicas de aquellos años. Un gran respeto por la propiedad, manteniéndola libre de antiguas jurisdicciones o dificultades para disponer, asoma en los textos civiles del liberalismo. Las garantías judiciales o de procedimiento, los delitos—su descripción y penas—se tiñen de las nuevas ideas. Y, aunque no todo sea nuevo en los códigos del ochocientos y pervivan normas romanas o el recuerdo de las Cortes medievales, los materiales se interpretan y estructuran sobre bases nuevas. Los códigos liberales, en suma, fueron nuevos en su forma exterior, como en su contenido esencial, y también fueron novedad los cauces políticos de su aprobación, basados en una nueva concepción de la soberanía y el gobierno de la nación.

1) AFANES CODIFICADORES EN LAS CORTES DE CÁDIZ

Las Cortes gaditanas—sus diversas legislaturas—poseen una tenaz voluntad de transformar la estructura política y jurídica de la nación española. Y esta finalidad aparece incluso en los documentos preparatorios, previos a su reunión primera en 24 de septiembre de 1810 (3). En las mentes de los diputados y miembros de las Cortes se evidencia la necesidad y anhelo de cambio, el deseo de promulgar una constitución y unos códigos, atendiendo al ejemplo de Francia. Una constitución que organizara políticamente el Estado y unos códigos que, recogiendo sus principios y las modernas corrientes de pensamiento jurídico, renovasen los antiguos cuerpos legales españoles. Ambas líneas de intención empezarán a percibirse desde los primeros días de las Cortes generales y extraordinarias, reunidas en la isla de León, primero, y después en la ciudad de Cádiz. La nueva organización fundamental de la Monarquía se manifiesta en el primer decreto, que establece la división de poderes en la estructura de gobierno:

Los diputados que componen este Congreso y que representan a la nación española—legislaban en 24 de septiembre—se declaran legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía nacional (4).

(3) El deseo de reforma de la legislación está presente desde los días de la Junta Suprema, como puede verse en la defensa que de ella hizo G. M. DE JOVELLANOS, *Obras publicadas e inéditas*. Ilustrada por C. Nocedal y M. Artola, B. A. E., 5 vols., Madrid, 1951-56, I, 600, y en el último decreto y último edicto, 605 s. y 606 s. Esa primera intención de reforma legislativa se percibe claramente en el proyecto de manifiesto a la nación española, en que “todos los sabios españoles que hayan meditado sobre los proyectos de reforma, así en cuanto a la Constitución del reino en general como sobre las ramas particulares de la administración pública, son convidados por la Junta a que la comuniquen sus ideas con toda libertad y según crean que corresponde mejor al bien de la Patria”; se examinarían y se formaría con ellos, bajo la presidencia de un vocal, sendas comisiones para arreglo de la legislación, presentando los proyectos a la sanción nacional; entre los principios señalados se aludía a la reforma “que han de sufrir nuestros códigos legales”; se discute y presentan pareceres, en su mayor parte dirigidos a la reforma constitucional y la convocatoria de Cortes, tema primero en aquellos momentos; en último término, se llega al decreto de 22 de mayo de 1809 que se dirige a estas metas primordiales y acuerda la consulta al país. En todo caso, se llegó a crear, según Jovellanos, una Junta especial de Constitución y Legislación: M. FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario español*, Madrid, 1885, I, 439-445, 445-458; el parecer de Jovellanos en 458-477, II, 559 s.; I, 493 y 494. La consulta al país, recogida fundamentalmente en el tomo segundo de M. ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, 2 vols., Madrid, 1959, supone una auténtica encuesta acerca de las ideas vigentes en España sobre codificación y arreglo de legislación.

(4) El decreto de 24 de septiembre de 1810, *Decretos Cortes*, I, 2; el texto completo en 1-3; decreto y órdenes complementarias de 25 y 27 de septiembre, 5-10.

Reconocían, asimismo, a Fernando VII por su rey, declarando nula la abdicación realizada por la violencia, y, reservándose el poder legislativo, confieren el ejecutivo, provisionalmente, al Consejo de Regencia y confirman por ahora a los tribunales y justicias establecidos, así como a las restantes autoridades civiles y militares.

El auténtico origen de la codificación debe establecerse en la Constitución de 1812. El texto fundamental era necesario y lógicamente anterior a las reformas codificadoras. Si bien las Cortes, a lo largo de sus sesiones, fueron transformando las instituciones públicas españolas desde sus primeros momentos, el código político debía preceder a los restantes. Una copiosa legislación fue decretada durante aquellos años: la regulación del poder ejecutivo, el gobierno de las provincias, la libertad de imprenta, los presupuestos, contribuciones y empréstitos requeridos por la guerra, la abolición de los señoríos jurisdiccionales, arreglos de las Audiencias, Juzgados y creación del Tribunal Supremo, de los ayuntamientos y diputaciones, el fin del Santo Oficio de la Inquisición, entre otras muchas. No se aguardó a la aprobación y publicación de la Constitución de 19 de marzo de 1812 para considerar e introducir la reforma del Antiguo Régimen; ni siquiera para intentar la renovación de la legislación civil y criminal, según la propuesta de Espiga y Gadea en 1810, como tendremos ocasión de comprobar.

Mas la aprobación de la Constitución resultaría decisiva para el definitivo inicio de la codificación española (5). Entre sus artículos hay que resaltar el 131, que especificaba las facultades de las Cortes estableciendo las leyes y, en relación a sus contenidos, reservando a ellas las materias más importantes de la vida nacional; y, sobre todo, el artículo 258, que determinaba: «El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes» (6). En la discusión de este precepto intervendría el diputado Gordoá, frente a la posibilidad de introducirse peculiaridades forales, al amparo de su

(5) Sobre la Constitución gaditana, además de la obra citada de M. ARTOLA y del mismo autor, *La España de Fernando VII*. Madrid, 1968, tomo XXVI de la Historia de Menéndez Pidal, que la enmarcan en su sentido general, puede verse M. FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Orígenes del régimen constitucional en España*, Barcelona, 1928; D. SEVILLA ANDRÉS, "La constitución española de 1812: y la francesa de 1791", *Sotabí*, VII (1949), 212-234; el número especialmente dedicado a la misma de la *Revista de Estudios Políticos*, 126 (1962); M. I. ARRIAZU, C. TORRA, M. C. DÍZ-LOIS, W. M. DIEM, *Estudios sobre Cortes de Cádiz*, Navarra, 1967. Puede afirmarse que fue obra fundamentalmente de una comisión intraparlamentaria, lo que facilitó su rápida elaboración, aparte haberse comenzado los trabajos desde los tiempos de la Junta.

(6) El artículo citado, así como el preliminar a él referido, puede verse en D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 vols., Madrid, 1969, I, 136, 198 s.

último párrafo. Hacía ver que «no clasificándose las variaciones, queda abierto no ya un portillo angosto, sino una puerta anchurosa y del tamaño que la quiera o busque el antojo o el error obstinado de mil descontentos que, mal hallados con esta constitución, y guiados del espíritu de provincialismo, lejos de uniformar, pretenden, por el contrario, mantener a todo trance prácticas y costumbres, que si en otro tiempo acaso han sido loables, no servirán en adelante más que para debilitar o romper el sagrado vínculo que debe unir a todos los españoles» (7).

Quedaba, pues, establecido, cuáles habían de ser los códigos de España. Los tres sectores o zonas que merecían integrarse y ordenarse en forma de código. Las restantes materias de la legislación española, en especial las políticas, administrativas y procesales, serían y habían sido objeto de variación y reforma profundas, pero sin considerar menester que revistieran esta forma jurídica. La Constitución de Cádiz señalaba estas tres metas para la codificación, a imitación de las constituciones de la Francia revolucionaria, si bien para aquellas fechas no sólo se habían aprobado estos tres en el país vecino, sino también sendos códigos procesales, civil y criminal (8).

La preocupación codificadora, no obstante, había nacido ya con cierta antelación. Enmarcada en la cuestión más general de la reforma legislativa de España, había sido objeto de consulta al país por la Junta Suprema en 1809, y en las respuestas y pareceres se muestran diversos criterios y opiniones, siempre tendentes a que se modifiquen o revisen nuestros viejos códigos (9). Y en el seno de las Cortes generales, en la sesión de 9 de diciembre de 1810, se había presentado la famosa propuesta del diputado catalán Espiga y Gadea, en los siguientes términos:

(7) *Diario 1810-1813*, ses. 21 noviembre 1811, III, 2306, en general 2305 y siguientes; en igual dirección de uniformidad y contra la variedad se manifestó ESPIGA respecto del artículo 243 del proyecto en 20 de noviembre, III, 2302.

(8) El paralelismo con las constituciones francesas del artículo 258 puede percibirse con la de 1793, título I; la girondina, título X, artículo 1.º de 24 de junio de 1793 y otras, en L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONARD, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 7.ª edición, por G. Berlia, París, 1952, 4 s., 54, 70, 149, 167.

(9) En la consulta al país—publicada por M. ARTOLA, *Los orígenes...*, tomo segundo—el estamento clerical manifiesta su deseo de reforma, basada en derecho divino y en Partidas, una mejora más sencilla en un código, que Novísima no supo hacer; las instituciones del Antiguo régimen parecen inclinarse hacia una codificación de tipo ilustrado, clara y sencilla, si bien el Ayuntamiento de Yecla parece poseer ideas más precisas sobre la necesidad de que la constitución fuera acompañada de códigos civil y criminal, II, 287; las Juntas aportan algunas precisiones, sobre todo la de Mallorca, que especifica incluso los métodos de reforma, II, 302 y 309 ss.; por último, entre los particulares se encuentran las sugerencias más amplias y, también, más variadas.

Habiendo sido convocadas las Cortes generales y extraordinarias no sólo para formar una Constitución, sino también para reformar nuestra legislación, y conteniendo ésta diversas partes que exigen diferentes comisiones, pido que se nombre una para reformar la legislación civil, otra para la criminal, otra para el sistema de Hacienda, otra para el comercio y otra para un plan de educación e instrucción pública (10).

En la sesión de 5 de febrero de 1811, Espiga defiende su propuesta señalando cómo las leyes están anticuadas, inspiradas en la ignorancia y en la ferocidad; no fijan con precisión los principios, ni expresan sus reglas y mandatos con exactitud y claridad; su redacción oscura y difusa no establece un orden racional y lógico en sus preceptos, y produce diversidad de opiniones de que se siguen pleitos. Pedía la formación de comisiones preparatorias de aquellas reformas.

Examínense, pues, nuestros códigos—decía—; sepárense las leyes que no sean conformes a nuestros usos, nuestras costumbres y nuestras circunstancias; modifíquense las que deban sufrir alguna alteración, y si las leyes no son más que la moral aplicada a las diversas circunstancias de los hombres, redúzcanse todas a sus primeros principios; hágase una precisa y clara redacción, y establézcase aquel orden en que, siendo una la consecuencia necesaria de la otra, se encuentre el fundamento de su justicia en la resolución de la anterior (11).

La idea es clara: reformas legislativas, que precisamente aluden a materia civil y criminal, incluso al comercio, entre otras. Reforma de nuestros antiguos cuerpos del derecho, para alcanzar los textos de la codificación. En las respuestas y objeciones que se le hicieron se expresan tres argumentos fundamentales para la comprensión de los sucesos posteriores. Por de pronto, algunos diputados—de Dou, Aner—muestran la indudable oposición foralista, que crecerá a lo largo del siglo y tantas dificultades supondrá para la codificación civil española. Le dicen: ni siquiera tenemos en Cádiz los textos catalanes o vascongados; podría realizarse la reforma de las leyes de Castilla, pero no el conjunto, que requeriría, sin duda, representantes de las provincias regidas por derecho especial. El segundo argumento era también certero

(10) *Diario 1810-1813*, ses. 9 diciembre 1810, I, 153. En aquel mismo momento las propuestas de Oliveros y Muñoz Torrero pedían la elaboración de la Constitución, el nombramiento de su comisión: días antes se pidió por Cevallos desde Londres, I, 149.

(11) *Diario 1810-1813*, ses. 5 febrero 1811, I, 501, y, en general, 501-504:

y se mostraría evidente poco tiempo después; sin una constitución promulgada, ¿cómo sería posible informar con sus principios los nuevos códigos?; los diputados Valiente, Huerta o Cañedo hablaron en este sentido, y aunque se aprobaría la propuesta, nada se adelantó hasta que la Constitución—su artículo 258—dio nuevos impulsos. Por fin, Argüelles presentaba una contrapuesta de índole procedimental y hacía observaciones luminosas acerca del mecanismo de codificar. Las Cortes habían nombrado un alto número de comisiones: Argüelles pide una comisión que establezca el método de organizarlas y la manera de designar personas ilustres de fuera de las Cortes para mejorarlas. Las Cortes aprueban su propuesta. Pero me interesan más otras de sus observaciones en esta materia. Afirma convenir con el sentido de la propuesta de Espiga, pero señala «la dificultad... en si han de componer éstas los diputados de V. M. solos o reunidos con las personas ilustradas de afuera» (12). Porque no es fácil elegir los más idóneos entre los personajes ilustres ajenos al Congreso y, sin embargo, sólo con su ayuda pueden los diputados, tan atareados en las sesiones, cumplir el encargo. Se inclinaría por acudir a extraños, para mayor participación de la nación, para que no crea que los diputados aspiran al monopolio de las luces, pero había planteado un problema decisivo en la marcha de la codificación en Cádiz. La admisión de personas del exterior, aunque parecía más eficaz y en algunos casos facilitó las tareas, fue obstáculo para adelantar más rápidamente. La preparación de la Constitución planteó también cuestiones de esta índole; a pesar de estar los trabajos ya iniciados por la Junta Suprema, se retrasaría hasta el punto de que se propuso reducir el número de sus componentes; y, en todo caso, para tan importante objeto se procuraría que la ayuda exterior se recibiera en forma de memorias, proyectos y sugerencias (13). En defini-

sobre el arreglo de las comisiones, con propuestas de Espiga y de Argüelles, sesiones 9 y 17 abril 1811, II, 849 s., 882-884, también 880. Es sabido que la oposición foralista cobra energía desde mediados de siglo, no obstante puede verse en Cádiz e incluso en la consulta al país en los pareceres de Fr. José Ríus, Borrull, Solsona y otros, M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, 381 s., 443 s., 504-519. Resulta significativa una frase de P. GÓMEZ DE LA SERNA, J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 5.^a ed., 3 vols., Madrid, 1855, III, 4 s.: en ella hace referencia a la oposición de “la famosa escuela histórica alemana” a la codificación, que durante años ha dividido a los jurisconsultos; esta observación no se halla en la primera edición de 1840-42.

(13) La gestación de la Constitución creo que no es momento de abordarla. Véanse las notas 5 y 10. Sobre la comisión, su nombramiento y funcionamiento primero, las sesiones de 12 y 23 de diciembre, 4 y 17 de enero de 1811, así como otras de 28 de abril, 3 y 4 de julio, etc. *Diario 1810-1813*, I, 159, 217, 295, 701; II, 959 s., 1400, 1405.

En materia de enseñanza, por ejemplo, fue decisiva la intervención de una

tiva, se propusieron en 23 de septiembre de 1811 una serie de notables para integrar las comisiones de código civil, criminal y de comercio, pero, quizá por hallarse ya las Cortes ocupadas con la discusión del texto constitucional, no se confirmaron (14).

El silencio acerca de las comisiones se extiende hasta la aprobación de la Constitución, hasta marzo de 1812. Después continúa hasta el día 14 de abril de 1813, en que el diputado José Martínez hacía una propuesta extensa, acuciando la urgencia. Todavía quedaban ocho meses hasta la apertura de las Cortes ordinarias, tiempo en que podría adelantarse mucho; luego, la siguiente legislatura sería en exceso corta para poder perfilar tal obra, la confección de los tres códigos propuestos por la Constitución. Y presentaba las proposiciones siguientes:

Primera.—Que, desde luego, se nombren individuos encargados de la formación de los tres códigos civil, criminal y de comercio, previniendo se dediquen sin demora al desempeño de su cometido.

Segunda.—Que en cada una de estas tres comisiones haya también individuos del Congreso, y en la de comercio dos comerciantes de los más instruidos de esta plaza.

Tercera.—Que a todas y a cada una de las tres comisiones se faciliten, así por el consulado de esta ciudad como por cualquiera otra corporación o persona, las noticias y documentos que pidieren y hubieren menester.

Cuarta.—Que los diputados del Congreso, individuos de dichas comisiones, asistan, sin embargo, a las sesiones de Cortes, quedando empero exentos de otra comisión.

Quinta.—Y que los individuos de dichas comisiones, al discutirse los proyectos en las presentes Cortes, o en las venideras, asistan al Congreso para exponer su juicio y contestar a las dudas que se propusieren (15).

Aquí termina la labor de la primera legislatura extraordinaria. Ni siquiera pudo nombrar las correspondientes comisiones. Tan sólo orientó en las formas de su composición y nombramiento, lo que, en suma,

Junta exterior, gubernativa, como puede verse en M. PESET REIG, "La enseñanza del Derecho y la legislación sobre Universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)", *Anuario de Historia del Derecho español*, XXXVIII (1968), en 258-273.

(14) *Diario 1810-1813*, ses. 22 y 23 septiembre 1811, III, 1897, 1901 s.

(15) *Diario 1810-1813*, ses. 14 abril 1813, VII, 5056.

significaría dificultades para las siguientes legislaturas ordinarias. Porque no es fácil ponerse de acuerdo sobre personas ilustres, ajenas al Congreso; porque éstas podían encontrarse lejos y, usualmente, eran sujetos que unían la edad avanzada a su saber y prestigio. El funcionamiento de estas comisiones mixtas no era cómodo, ni tampoco estaba suficientemente ensayado, por aquellas primeras Cortes de la España liberal.

Veremos cómo la solución del trienio pudo alcanzar resultados, mientras las legislaturas ordinarias del primer período liberal ni siquiera fueron capaces de nombrar las tres comisiones. Aspectos procedimentales, de mecánica interna, no hicieron posible iniciar la codificación. Lenta y morosamente se van resolviendo cuestiones previas para recorrer los caminos y trabajos de la codificación. Al pronto, se nombraron sendas comisiones para los tres códigos formadas por individuos de las nuevas Cortes y, a la vista de algunas proposiciones hechas en la anterior legislatura, que no hubo tiempo de examinar, parece que se toma con ímpetus y ánimo la continuación y desarrollo del mandato constitucional. Las comisiones parlamentarias están decididas a redactar los códigos, aunque se les presentan graves dificultades por la cortedad del período, y proponen:

Si las comisiones sólo han de durar el tiempo de las sesiones, esta corta duración ofrece otra dificultad grandísima para realizar ni aun el bosquejo de un código; porque sujetos los diputados a la asistencia diaria a las Cortes, poco tiempo puede quedarles libre para dedicarse a desempeñar comisiones tan delicadas, mayormente teniendo precisión de aplicarse también a estudiar y meditar sobre las materias que han de discutir y votar en el Congreso. El código civil, como otro cualquiera, es una de las obras que exigen más método, sistema más fijo e invariable y la mayor uniformidad hasta en el estilo; y toda esta uniformidad y conformidad no se logrará si la obra varía mucho de manos, porque los hombres nos diferenciamos tanto en la expresión de nuestras ideas y pensamientos como en el rostro, y esta variedad sería una consecuencia necesaria de la sucesión de las comisiones de unas a otras diputaciones. Sin embargo, cree la comisión que acaso podría adelantarse mucho, superándose los principales obstáculos, cuando no todos, si las comisiones durasen todo el tiempo de la diputación, porque en los nueve meses que están suspensas las sesiones podría trabajarse mucho, especialmente si, autorizándoles para continuar, se prevenía a todos los establecimientos públicos que facilitasen a las comi-

siones, por medio de la Secretaría de Cortes, todas las noticias, libros y papeles que les pidieren; y se excitaba el celo de los hombres ilustrados de la nación para que comunicasen sus luces, ofreciéndoles que se haría la más honorífica mención de los trabajos que la mereciesen (16).

Los miembros de la comisión de código mercantil insistieron en análogo punto de vista, proponiendo reunirse diariamente para dar cima al encargo recibido. Pero estas propuestas se rechazaron, no se quería prescindir de personas ajenas a las Cortes en la redacción de los códigos. Se inclinaban las Cortes de la primera legislatura ordinaria a la formación de comisiones mixtas, más perfectas y sabias. La cuestión interesaba y se sigue discutiendo en los días siguientes; Antillón presentaba una propuesta para que se asocien literatos a las comisiones de códigos, que se rechaza, como otra de Martínez de la Rosa, proponiendo la creación de comisiones extraparlamentarias para preparar estos trabajos codificadores. No, los diputados prefieren comisiones mixtas, y —en 15 de noviembre de 1813—aprueban una propuesta del diputado Caro, concebida en los términos siguientes:

Primera.—Que para la redacción del código civil nombren las Cortes personas que sean de fuera del Congreso.

Segunda.—Que este nombramiento lo hagan las Cortes a propuesta de la comisión de código civil de dentro del Congreso, la cual presentará para el efecto doble número de sujetos de conocida instrucción en la materia.

Tercera.—Los sujetos que las Cortes nombren no serán menos de cinco ni más de nueve (18).

El procedimiento parecía hallar vía de solución en estos preliminares de la codificación española. Pero la elección de sujetos, incluso, fue tardía, difícil. En esta legislatura tan sólo se alcanzaría a la propuesta al pleno, por la comisión de código criminal, de los individuos que podían acudir de fuera de las Cortes. En la siguiente legislatura de 1814

(16) *Diario 1813-1814*, ses. 6 noviembre 1813, 205 s.; las comisiones y algunas propuestas en 1 de octubre, 9 s., y 10. Forman la comisión de código civil, Mendiola, Caro, Norzagaray, Utgés y López de la Plata; la de criminal, Antillón, Huerta, Ortiz, Navarro y Navarrete; y mercantil, Istúriz, Sombiola, José Martínez, López Cepero y Rus.

(17) Véase la sesión de 6 de noviembre de 1813, y también las de 13 y 14 del mismo noviembre, *Diario 1813-1814*, 205 s., 239, 244.

(18) *Diario 1813-1814*, ses. 15 noviembre 1813, 247.

variaron las comisiones de diputados, cada una de ellas hizo la respectiva propuesta, y el pleno de las Cortes llegó a nombrar a quienes ayudarían a la elaboración del código criminal y del civil. Para el primero, Calatrava, Argüelles, Quintana, Cuadros, Tapia, Moragues y Salcedo; para la comisión civil, Utgés, Espiga, Sombiola, Ruiz Dávila y Martínez Marina, Tamaró y Lardizábal (19). Era la noche del 2 de abril de 1814, y muy pronto quedaría truncada esta legislatura con la venida de Fernando VII. Nada se había conseguido en las Cortes de Cádiz—reunidas después en Madrid—, en orden a la codificación española.

En verdad, las circunstancias no fueron demasiado propicias, pues la guerra y las epidemias de fiebre amarilla, la pobreza y la desorganización de un país abatido explican suficientemente la imposibilidad de avanzar en esta legislación básica, civil, penal y mercantil. Sin embargo, creo de interés destacar que los defectos de procedimiento a seguir, al menos su escasa eficacia, fueron asimismo causa decisiva de su extraordinaria lentitud. Cuando termina el período, ni siquiera están nombradas las comisiones de los tres códigos previstos por la Constitución. El trienio liberal, seis años más tarde, aprovechó la lección anterior o, por lo menos, supo hallar medios más idóneos para adelantar la codificación. Y también en su concepción de las materias a codificar, en el número de los códigos, se diferenció de Cádiz.

2) LA CODIFICACIÓN DURANTE EL TRIENIO LIBERAL

Durante el período absolutista, de 1814 a 1820, no hubo excesivas premuras por la codificación. Se introdujeron reformas recesivas en muchas de las materias legisladas por los liberales. Mas la prosecución de intentos codificadores sólo puede atisbarse en el nombramiento de una comisión para la confección de un código criminal (20). Para la

(19) Véase la Orden de 5 de abril de 1814, *Decretos Cortes*, V, 157 s. Su gestación a través de *Diario 1813-1814*, ses. 29 noviembre 1813, 24 enero 1814, 326 s., 379; *Diario 1814*, ses. 1, 10, 17, 23, 30 de marzo y 2 de abril de 1814, 7, 91 s., 128, 169, 197, 210: en la primera se nombra la comisión parlamentaria de Código Civil con Oller, Zorrilla de Velasco, Romero, Ortiz y Hernández Gil; de Código criminal, Díez, Lamiel, Sáenz González, Plandolit y Rus; de mercantil, Abella, Pujadas, Vadillo, Zallés y Riesco y Puente. Una descripción de la codificación penal en Cádiz, en la introducción del *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del proyecto de Código penal*, 3 vols. En la Imprenta nacional. Año de 1822, I, 3-8. Sobre la codificación liberal en general, L. ARRAZOLA, *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, tomo IX, Madrid, 1856, 251-273, 297-334, etc.

(20) En el período absolutista véase el decreto de 2 de diciembre de 1819, *Decretos Fernando*, VI, 501 ss., con el nombramiento de una comisión para redactar el Código criminal, aspiración sentida e iniciada desde el siglo anterior,

continuidad absolutista, la Novísima estaba relativamente reciente, si bien las perfecciones de los códigos ilustrados no se alcanzaban en aquella última recopilación.

Son las Cortes del trienio quienes continúan los anhelos liberales. Proseguirían la codificación con mayor celeridad y resultados, gracias a recibir completo el texto constitucional y a la innovación que introducen en el procedimiento a seguir en la elaboración de los proyectos de códigos. A la hora de constituir las comisiones, se conformaron con integrarlas por individuos miembros del Congreso, prescindiendo de los ilustres, con lo que lograrían mayor eficacia. También su idea de código varía, pues no creen necesario limitarse estrictamente a los tres fundamentales. El código es para ellos una forma de la legislación, no determinada por la materia de su contenido, a la que ni siquiera exigen cierta estabilidad o permanencia. Es verdad que ya en Cádiz se propuso extender la codificación a un código rural, o—en propuesta de Arango—se percibe la posibilidad de separar el procedimiento criminal del código que estructurase los delitos y sus penas. Esta había sido, por lo demás, la solución francesa en la primera década del XIX, que a los tres códigos básicos añadió sendos de procedimiento civil y de instrucción criminal (21). Las concepciones de los hombres del trienio fueron todavía más amplias y flexibles.

La primera legislatura sigue precedentes de las Cortes del primer período liberal, con nombramiento de comisiones para los códigos civil, penal y de comercio. Partiendo de tradiciones incoadas en Cádiz, el diputado por Murcia, Damián de la Santa, propone en 16 de julio de 1820 que se nombren comisiones para los tres códigos y se continúen los trabajos anteriores, pues los nombrados en aquellos días de inicios del liberalismo, unos han fallecido, otros se hallan fuera de la capital, otros fuera de las Cortes. La comisión de legislación, sobre esta base, pretendería que se nombren las comisiones con individuos de fuera del Congreso, para que vaya adelantando la redacción de los nuevos cuerpos legales. Es el procedimiento de Cádiz, cuyos desarrollos y vicisitudes narra sucintamente dicha comisión. Hace ver también las ventajas de que fuesen las mismas comisiones de Cortes quienes redactasen, aunque no deja de observar la urgencia y celeridad con que se presentó el informe

véase J. R. CASABÓ RUIZ, "Los orígenes de la codificación penal en España: el plan del Código criminal de 1787", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, XXII (1969), 314-342.

(21) La propuesta Arango, en 15 de noviembre de 1813, *Diario 1813-1814*, 247. También existe otra de Código rural en 5 de febrero de 1811 por Pelegrín, *Diario 1810-1813*, I, 503. En este momento, en Francia, estaban redactados y promulgados—el último en 1810—cinco códigos, pues a los tres clásicos añadieron dos de procedimientos

y proyecto para la reforma de la instrucción pública, merced a la colaboración del gobierno y algunos literatos. Sugiere que se trabaje en los períodos en que no hay sesiones, para mayor rapidez; también que se amplíe el número de los códigos con uno de procedimientos. Pero, sobre todo, busca encomendar la responsabilidad de los proyectos a las comisiones formadas por miembros del Congreso, sin cerrar aún la posible participación de extraños.

Opina ésta que, pues las Cortes se encuentran ya pacíficamente situadas en la capital de la Monarquía, donde abundan los recursos de libros y personas instruidas que se echaban de menos en la ciudad de San Fernando, convendría más nombrar comisiones del seno del Congreso para cada uno de los cuatro códigos expresados, las cuales estuviesen facultadas para asociarse los individuos de fuera de las Cortes que mejor les pareciesen (22).

El 15 de septiembre de 1820 se propone por Cantero, Govantes, Gascó y La Riva que «se diga al gobierno que, sin perjuicio del nombramiento hecho en los diputados, elija también un número correspondiente de letrados científicos u otras personas de instrucción de fuera del Congreso, que se dediquen inmediatamente y sin distraerse a otros negocios a la formación de los cuerpos de leyes de España» (23). Pero se desaprueba, por no gustar de más dilaciones ni intervención del gobierno, aceptando que las comisiones parlamentarias—propuesta Giraldo—nombren por sí las personas de fuera del Congreso que juzguen oportuno para la redacción de los códigos. Por tanto, a diferencia de las anteriores Cortes, son las comisiones de diputados quienes deciden y realizan la obra codificadora, lo que producirá buenos resultados. Por otro lado, se nombró una comisión para el código rural, con lo que el sentido y posibilidades de la codificación se ensanchaba abiertamente (24).

Una ampliación de los posibles códigos convive con una resolución por parte de las comisiones de ser ellas solas las que redacten los cuerpos legales nuevos de la nación española. No usarían de la propuesta Giraldo, sino se aplicarían directamente a la elaboración de los proyectos. Las exposiciones de motivos de los proyectos procuran hacer ver que han sustituido por su propio esfuerzo la ayuda externa. No utilizan a indi-

(22) *Diario 1820*, ses. 11 agosto 1820, I, 469; la propuesta de Damián de la Santa y su aprobación, I, 168, 205, 468 s., 530; comisiones, I, 610; con anterioridad existía una general para Legislación, I, 29.

(23) *Diario 1820*, ses. 15 septiembre 1820, II, 1021.

(24) *Diario 1820*, ses. 2 y 6 noviembre y la comisión en 28 de agosto, III, 2050, 2115 s., I, 701.

viduos extraños a las Cortes, aunque sí algunos trabajos; la comisión del código de procedimiento criminal parece disculparse diciendo que «habría deseado, como ya lo solicitaron algunos de sus individuos, la cooperación de sabios profesores; pero aislada en esta parte a sus propios recursos, y convencida, por otra, de la insuficiencia de sus luces para llenar tan importante objeto, procuró buscarlas por todos los medios que han estado a sus alcances» (25). Y con toda urgencia fueron presentando sus resultados.

El trabajo sobre código penal avanzó más rápido. Su comisión aprovechó el cierre de la legislatura de 1820 para dedicarse a la redacción del proyecto, que pudo leer en la siguiente legislatura desde el 21 de abril, acordándose su impresión, así como la solicitud de dictámenes sobre el proyecto a todas las universidades, tribunales y colegios de abogados y a literatos o personas instruidas que quisieren (26). Recibidas éstas, la comisión las ordenó y aceptó en la parte que le pareció adecuado, en unas *Variaciones que en el proyecto de código penal propone la comisión que lo ha formado*, presentadas e impresas por la legislatura extraordinaria de 1821-1822. A lo largo de ella se aprobará dicho proyecto, tras su análisis y discusión (27). No es menester entrar en los detalles de su discusión, en esta precisión general de la primera codificación española. La legislatura siguiente, habiendo heredado el código concluido y aprobado, se enzarzó en largas discusiones sobre su entrada en vigor, que al fin se logra. La sanción real se comunicaba a las Cortes en 29 de junio de 1822; el texto-oficial impreso lo presenta como aprobado por las Cortes el 8 de junio, sancionado y promulgado el 9 de julio de 1822 (28).

Ahora bien: algunas cuestiones planteadas en la legislatura extra-

(25) *Proyecto de código de procedimiento...*, III; también en la introducción al proyecto penal, citada en nota 19. *Diario de las discusiones*, I, 10, 8.

(26) *Diario 1821*, II, 1131, 1149, 1236, 1248, 1488, 1665; III, 1756, 1858, 1904; el alargamiento del plazo para informes en 16 de junio de 1821, III, 2303. Naturalmente, no vamos a entrar en el examen detallado de las discusiones y aprobación del Código penal de 1822, estudiadas por J. R. CASABÓ RUIZ, *El Código penal de 1822*, tesis doctoral inédita, Valencia, 1968, en donde se estudia ampliamente este primer Código español, que hasta ahora sólo había recibido interés, por J. M. ALONSO Y ALONSO, "De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822", *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, II, 11 (1946), 2-15; J. ANTÓN ONECA, "Historia del Código penal de 1822", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, XVIII (1965), 263-278.

(27) *Diario 1821-1822*, I, 29, 33 y III, 2292; se mandan imprimir las discusiones, II, 1060, que van citadas en nota 19, acompañadas de una introducción, del proyecto y de las *Variaciones*, 3-11, 12-191 y 191-200. Estos materiales se presentaron en la sesión de 1 de noviembre, en la que figuran como apéndice núm. 38, *Diario 1820-1821*, I, 463 s., 477-550, 551-555.

(28) *Diario 1822*, III, 2242. Sobre su vigencia, J. R. CASABÓ RUIZ, *El Código penal*, 169-198.

ordinaria, en torno al código penal, interesan, en tanto muestran ajustes y problemas de la codificación en general. Comenzó a discutirse en su totalidad, en 23 de noviembre de 1821, exponiéndose un extracto de los informes sobre él recaídos; informes que tendrán un interés máximo en las discusiones particulares sobre sus artículos, pues juntamente al texto de proyecto y las alusiones a Partidas y Novísima, a nuestro derecho tradicional, forman los materiales que se discuten. El proyecto, por su parte, respondía fundamentalmente a inspiraciones del código francés, a Bentham, Filangieri y Bexon, a las luces de Beccaria y recuerdos de nuestra legislación patria y algunos de nuestros jurisconsultos, como Matheu y Sanz o Antonio Gómez (29). Pero pronto se muestran los problemas de prelación con los otros códigos, su encaje en la obra codificadora más completa que pretenden las Cortes del trienio.

Algún diputado—Bodega—hacía ver que sin aprobarse previamente el código civil no tenía demasiado sentido entrar en la discusión del penal, que debe ser complemento y garantía de aquél. Partía de una idea de código civil muy amplia, y tras las bases políticas era primero lógicamente en la reforma de la legislación española. Garelli, hombre clave de la comisión para el código civil, le contestaría admitiendo la posibilidad de invertir el orden en la aprobación; comulga con las ideas —inspiradas en Bentham—de que lo penal complementa las reglas civiles, pero la situación de la legislación delictual hace precisa su pronta modificación. Además, «cuando se trata de aquellas prohibiciones que están tan grabadas en la naturaleza del hombre, que hasta los salvajes las reconocen y respetan, el hecho mismo de definir las el código criminal y de señalarles pena envuelve implícitamente la prohibición; en lo cual no hay inconveniente alguno, pues claro está que la ley civil no puede menos de apoyar la sanción natural. Ciertamente el código civil no dirá: no se asesine, no se robe, etc.; lo da por sentado y lo sienta la ley penal en el hecho mismo que pone penas al acto. Otra cosa es aquella parte del código penal que otras naciones han expresado bajo los nombres ya de correccional, ya de policía» (30).

Sí. El problema mayor de aquel código futuro estaba en deslindar claramente sus preceptos de las reglas de policía o correccionales. Ya en los primeros momentos los redactores se han dado cuenta de que

(29) *Diario 1821-1822*, ses. 23 noviembre 1821, II, 920-27; sobre origen doctrinal, 922, informe de la Universidad de Sevilla

(30) Ya en el informe del Colegio de Abogados de La Coruña, pero especialmente las intervenciones de Bodega y de Garelli, *Diario 1821-1822*, sesiones de 23 y 24 de noviembre de 1821, II, 924, 951 s., 951-954; cita en 952.

deben omitir esta materia, incluso en sus *Variaciones* han suprimido varios artículos, para no entrometerse en problema que una comisión especial está resolviendo, al elaborar el reglamento general de policía (31). Pero son conscientes de la íntima conexión que guardan estas materias con su obra; así como de la necesidad de un código de procedimiento, para poder llevar el penal a la realidad y evitar la repetición de preceptos en ambos. Por otra parte, el proyecto criminal parece decidirse por el establecimiento de jurados, antes de pronunciarse las Cortes sobre esta base. Vadillo, miembro de la comisión, defendía con estas palabras:

En cuanto a esta base, no se ha detenido la comisión en presuponer que las Cortes la admitirían, por razones muy poderosas: la primera, porque esta institución está en cierto modo recomendada por la Constitución; la segunda, porque está ya adoptada por las Cortes acaso en la materia más difícil, como es la de abusos de la libertad de la imprenta, y la tercera, porque sabía que en esta opinión estaban conformes los señores de la comisión de códigos de procedimientos. Por consiguiente, no dudó la comisión del código penal en arreglarse a semejante base, partiendo de semejantes principios (32).

Efectivamente, existían dificultades en el lógico entrecruzamiento de los diversos códigos. No era fácil saber cuáles debían preceder a los otros. El diputado Marcial López diría que hubiera sido más oportuno discutir unas bases para éste, como para los demás códigos, antes de entrar en su redacción, lo que hubiera ahorrado obstáculos y longitud a las discusiones. En definitiva, se aceptó el criterio de avanzar, de ir preparando y discutiendo; de solucionar paulatinamente, tal como se expresa por Martel:

Dos males hay que remediar: uno, la arbitrariedad con que hoy proceden los jueces en la jurisdicción criminal por no tener leyes exactas en esta materia; y otro, los peligros que corre la inocencia por la arbitrariedad de las leyes y del orden que se sigue en los juicios. Son dos males, y ambos piden ciertamente remedio. Pero pregunto: si no podemos remediar dos males, ¿no

(31) Véase la objeción undécima, así como la supresión de los artículos 792 a 799 de las *Variaciones*, como también las intervenciones de Marcial López y Vadillo y la propuesta de Ledesma, *Diario 1821-1822*, ses. 23 y 24 noviembre 1821, II, 925 s., 928-930, 938 s., 937, y *Variaciones*, en I, 554.

(32) *Diario 1821-1822*, ses. 24 noviembre 1821, 938; en la sesión anterior la opinión del Tribunal Supremo y las objeciones 16.^a y 19.^a, así como observaciones de M. López, II, 921, 926 s., 929 y 930.

hemos de remediar uno y hacer un beneficio grande a la nación, dándole un código penal que reúna estas leyes, aprovechando las luces de la filosofía de que había falta en el tiempo de algunos de nuestros códigos legales y que con conocimiento de la nación ilustrada se presente un código penal racional, justo y claro? Luego la cuestión de si debe o no preceder o acompañar el otro código a éste no tiene conexión con la totalidad de este proyecto. Digo lo mismo respecto del código de policía, seguridad y corrección... (33).

La obra codificadora debía ir enlazada en sus diversas partes y a ello tienden las comisiones y sus trabajos. Le tocó en suerte empezar —y ser aprobado— al código criminal, aun a sabiendas de sus dependencias respecto de los demás. Cuando acaben las discusiones y quede aprobado por las Cortes de 1821-1822, los redactores saben y hacen constar la necesidad de varios requisitos para su futura aplicación: por una parte, los establecimientos de castigo y corrección, según el nuevo sistema de penas, y, por otra, el código de procedimientos criminales y el reglamento general de policía (34). Pero el primer código liberal ha sido discutido, y algo después sería sancionado y promulgado.

El código de procedimiento criminal andaba más retrasado. Su lectura se haría primero en la legislatura de 1821-1822, tan fecunda en todos los ramos de la codificación, luego en las sesiones del 13, 16 y 17 de febrero de 1823. Mas los tiempos no le fueron propicios; las Cortes se aprestan para enfrentarse con el enemigo exterior, y pronto la vuelta del absolutismo hará imposible su discusión, su aprobación, quedando en proyecto (35). Constaba del pertinente discurso preliminar, 808 artículos, distribuidos en tres partes, más un apéndice de 30 artículos, en donde se dibujaban los trazos orgánicos de la administración de justicia,

(33) *Diario 1821-1822*, Martel en ses. 25 noviembre 1821, II, 949 s.; sobre bases Marcial López, II, 929.

(34) Vadillo por la comisión, *Diario 1821-1822*, ses. 12 febrero 1822, III, 2270; en 2271 s. afirma que se está terminando el reglamento general, que más de una vez es denominado Código de policía, por ejemplo, Martel en III, 2271.

(35) *Diario 1822-1823*, III, 478, 1501, 1504. Prosigue el esfuerzo en las reuniones siguientes, *Diario 1823*, Madrid, ses. 12, 17 y 18 marzo, 69, 74 y 90; comisiones, 8, a que se añade algún diputado, *Diario 1823*, Sevilla y Cádiz, 44.

Naturalmente, el origen del proyecto está en las anteriores legislaturas; en la extraordinaria se llegó a leer por tres veces, pero se dejó sobre la siguiente, *Diario 1821-1822*, I, 21, 74, 100, 127, 140, 151, 163, 172, 290, 303, 314, 365, 380, 391; II, 1560; III, 2288; en este último lugar, además, la comisión decía haber empezado los procedimientos civiles, pero resultaba precisa la aprobación previa del Código Civil. Si no se pudo ocupar la legislatura de 1822 lo haría la siguiente a recomendación expresa del Secretario de la Gobernación, *Diario 1822-1823*, ses. 8 octubre 1822, I, 21; comisión, I, 24 y 916; también de interés, II, 175, 177 s., 501, 1103.

para que se pudieran aplicar sus disposiciones procedimentales, rituales, pues la existente organización de las audiencias y la división territorial no permitían—juzgaba la comisión—aplicar sus preceptos. La primera parte establecía el procedimiento en negocios leves; la segunda, para los graves, con intervención del jurado, y en la tercera—bajo la denominación de procedimientos especiales—se regulan los procedimientos contra jueces y empleados públicos, las peculiaridades en casos de ausentes y rebeldes, pobres, extradición, etc., y, por último, la visita de cárceles.

Creyó, pues, oportuno la comisión—afirman—establecer diferentes clases de procedimientos ordinarios, según las calidades de las culpas y delitos, ora para aumentar las formalidades según la gravedad de los negocios, ora para distribuirlos en diferentes juzgados y tribunales, y siempre con el fin de proporcionar en el despacho de todos la mayor serenidad posible, contando como parte esencial de esta clasificación el señalamiento claro y exacto de las culpas que han de sujetarse a cada uno, personas que han de intervenir en él y modo como todas han de proceder (36).

Reserva la institución del jurado para los graves—para la segunda parte del proyecto—, pensando que éstos merecen la mayor garantía. Los leves—atribuidos en su conocimiento a los alcaldes y jueces de primera instancia—sólo alcanzan a reprensiones y penas menores, no siendo precisa la intervención de jurados o jueces de hecho. En la segunda parte, la más extensa, el proyecto delimitaba todos los extremos referentes a los jurados, su propuesta y elección, su número, las calidades que deben concurrir en ellos, el *quorum* necesario para dictar sentencia, etc. Para la más puntual justicia establecía dos instancias y, asimismo, la más cuidadosa separación entre juez o jurado de instrucción y de calificación. Esto último le parece exigencia fundamental.

La comisión ha tenido un particular cuidado en separar en todo procedimiento al juez de instrucción del juez de calificación... En adelante, el juez de instrucción no tiene que transigir con ningún respeto ni consideración; la publicidad de los juicios le pone a cubierto de sugerencias extrañas y de la malignidad de sus subalternos, y no estando a su cargo el fallo de la causa, desaparece el interés que podría haber en oscurecer y desfigurar los hechos, que, al cabo, se descubrirán en la discusión (37).

(36) *Proyecto de Código de procedimiento criminal*, x1.

(37) *Proyecto de Código de procedimiento criminal*, x111.

Paso ahora a examinar el proyecto de código civil, a mi entender el más interesante doctrinalmente, aun cuando su comisión no fue capaz ni siquiera de terminarlo. Posiblemente por la ambición y amplitud que propugnaba. Los componentes de la comisión procuraron celeridad y urgencia en sus tareas. En la sesión de 19 de junio de 1821 pudo leerse el discurso preliminar—esquema e intenciones—por boca de Garelli. La legislatura siguiente oyó en octubre una parte del texto, que se mandó imprimir. Pero los trabajos no siguieron adelante, al menos no se llevaron al Congreso (38). Sin embargo, las ideas propuestas, especialmente en el preliminar, conviene que sean expuestas.

En él se efectúa un planteamiento general de lo que debería ser la codificación, los cuerpos que debería comprender y el sentido de cada uno de ellos. Ideas que no coinciden, en buena parte, con la labor iniciada e impulsada durante las Cortes del trienio. Un código—según el discurso preliminar—es, en un primer sentido, el conjunto o reunión de todas las leyes de un país, su ordenación. Si bien es menester dividir ese todo, porque «están acordes los maestros de la ciencia de las leyes acerca de la necesidad y ventajas de su natural y más cómoda división» (39). Primeramente, cabe distinguir un código interior frente a otro exterior; este último—el derecho internacional—se halla establecido en los usos y costumbres de las naciones civilizadas, en el principio de reciprocidad y en los tratados particulares.

El código interior, de su lado, permite varias ramificaciones o divisiones, pero todas ellas poseen una fuente o raíz común en el derecho constitucional. «Por él se establecen las relaciones de todos los individuos de una nación; y se da existencia política a los poderes encargados de ejercer las partes integrantes de su esencial soberanía; a sus jerarquías, y a los derechos y obligaciones de cada uno de sus miembros.» La ley es quien establece los derechos y obligaciones «y cuando prescribe estos derechos y obligaciones en grande, esto es, de la sociedad para con todos sus individuos, y al contrario, se llama muy propiamente *Ley fundamental*» (40).

Y, a partir de este punto, se encuentra la comisión ante dos criterios diferentes, el suyo y el que se le ha impuesto, que sigue más de cerca las ideas de la Constitución de Cádiz. Por su gusto, hubiera formado un código civil total, con todas las disposiciones secundarias, juntamente con otro penal, que le dotaría de sanción. El código civil llevaría un apéndice de sus procedimientos y otro de comercio, que no debería

(38) *Diario 1821*, ses. 19 junio 1821, III, 2354; *Diario 1821-1822*, comisión, I, 293; lecturas, 255, 273, 276, 332, 357.

(39) *Proyecto de Código Civil*, 4.

(40) *Proyecto de Código Civil*, 4 y 5.

constituirse separado como privilegio de una clase y encarnado en normas que se apartan de las leyes fundamentales y de las derivadas o civiles. En este caso, el código civil no se limitaría al derecho privado, sino abarcaría el derecho público interior, o sea la administración del Estado, en los ramos eclesiástico, militar, judicial y político. El modelo de la recopilación vigente los empuja hacia dar cabida a todas las leyes en el código civil.

¿Han de quedar vigentes la recopilación, las colecciones de decretos, las providencias extravagantes, en lo que no se hallen derogadas? La comisión opina que el día feliz y deseado en que se promulguen los nuevos códigos debe archiversse cuánto se legisló anteriormente, como monumento de antigüedad, que sólo pertenece a la historia; y que si quedase sin decidir en ellos algún punto, la suspensión de un fallo o del curso de un negociado hasta que se congreguen las Cortes, y lo tomen en consideración, sería preferible sin disputa a los desórdenes, arbitrariedades y dudas que produciría la existencia simultánea de las colecciones antiguas y modernas (41).

Se mezclan en estos propósitos nuevas y viejas ideas. La totalidad de la Novísima les seduce, al par que temen su subsistencia. La posibilidad racionalista de legislar de una vez para siempre toda la materia también está presente, así como el deseo liberal de sujetar el arbitrio judicial apretadamente. Es evidente que su idea codificadora es más ambiciosa que la mera promulgación de unos cuantos códigos. Quieren introducir todas las leyes administrativas y políticas en un código, al menos en sus esencias más generales. «La comisión, partiendo de estos principios, resolvió desde sus sesiones primeras colocar en una segunda parte, bajo el nombre de administrativa, todo lo concerniente al gobierno interior del reino y sus poderes ejecutivo y judicial, como encargados de hacer efectivos los derechos y las obligaciones individuales de que se trata en la primera» (42). Y aunque el proyecto está inconcluso y se limita su texto a zonas de derecho privado más sencillas—en donde podía inspirarse en Francia y en soluciones tradicionales españolas—preveía una segunda parte, que se titularía *De la Administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones*, y compren-

(41) *Proyecto de Código Civil*, 6. La idea de un solo Código puede verse años antes en la consulta al país de 1809, M. ARTOLA, *Los orígenes...*, II, 370 y 543, De Dou y Fernández Manrique; como también hay quienes distinguen perfectamente el seccionamiento, como Martín de Campos o el barón de Castellet, 577 s., 391 s. o bien 587.

(42) *Proyecto de Código Civil*, 6.

dería dos libros: *Del gobierno administrativo económico y De la Administración general del Estado en el ramo judicial* (43). Su ambición, sin duda, determinaría que el proyecto no pudiera acabarse.

La comisión, sin embargo, sabía que no le correspondía realizarlo todo. Tenía que respetar el precepto de la Constitución gaditana estableciendo los tres códigos, así como las ampliaciones introducidas en las Cortes del trienio. Se adjudica la administración, como zona en que no se había pensado codificar, aunque muchas de sus partes se habían ya legislado y ordenado con criterio nuevo, liberal; pero ha de respetar los encargos a otras comisiones, mirando por separado el código criminal, procesal, de comercio, rural... Todos ellos complementarían la magna labor que debía condensarse en el código civil. El código penal sancionaría las disposiciones de la Constitución y del civil, fundamentalmente, pues las leyes sin esa conminación penal no lograrían efecto, no dispondrían de los medios para su cumplimiento. «Estos medios son de dos clases, dictamina: unos, precautorios e indirectos, y se encierran en aquellas leyes que promueven la educación, la beneficencia y el amor a la patria y en las de aquella policía constitucional de que habla el artículo 131, facultad 23, de las Cortes. Los otros son conminatorios y directos y constituyen propiamente el código penal» (44). Al código de procedimiento—cuyo contenido es claro—le atribuye la misión de lograr la justa y recta aplicación de la ley y «asegurar con la mayor celeridad posible y con la menor posible extorsión la inviolable observancia de la ley, para que se haga efectivo el interés que ella creó en favor de los particulares o de la causa pública» (45). El código mercantil, por su parte, es la excepción en materia contractual de las negociaciones comerciales de mar y tierra. Y la comisión prometía—aunque no llegó—sentar bases similares para evitar contradicciones en materias de dotes, pago de deudas, sociedades, etc.

En cambio, el código rural le parece inadmisibile, inspirado en los principios de la economía política del momento.

La parte de legislación que regula los modos de adquirir, conservar, disfrutar y transmitir la propiedad territorial, pertenece esencialmente al *código civil*. Pasaron, además, los tiempos en que la inexactitud de principios de economía política inclinó el celo de los legisladores, unas veces hacia el fomento de la agricultura y otras hacia el de la industria o comercio. La experiencia

(43) Véase en el preliminar cómo los concibe, *Proyecto de Código Civil*, 30-34.

(44) *Proyecto de Código Civil*, 6 s.

(45) *Proyecto de Código Civil*, 7, comercio, en pág. 8.

ha mostrado que estas protecciones parciales, menoscabando por de pronto el interés de las clases desatendidas, refluyeron con el tiempo en el desaliento de las mismas que se trató de favorecer. Por otra parte, el empeño de meterse el legislador a la dirección de operaciones que sólo conoce bien el interés individual, paralizó siempre este mismo interés, embotando su acción, cuya mayor eficacia está expresada por el *maximum* de su libertad... La ley, protegiendo la propiedad en toda su extensión, ha hecho cuanto puede, debe y conviene hacerse. Cotejemos si no los pueblos bárbaros con los civilizados; y resultará que, en medio de la esterilidad, pero con leyes protectoras de la propiedad, la abundancia está en su colmo, mientras que los países más favorecidos por la naturaleza experimentan penurias atroces y alarmantes, como consecuencia de la inseguridad, a pesar de las leyes de tutoría (46).

Después de este examen del proyecto civil, es preciso matizar su intención. Vemos que desea abarcar una renovación total de la legislación, dejando zonas libres de derecho, conforme a los postulados de la economía clásica liberal. Y, también, los redactores civiles del trienio admitieron materias en donde la codificación no podía llegar en ningún caso; materias pasajeras califica, que continuamente se renuevan, como las contribuciones y cargas del Estado, los métodos y libros de la instrucción pública, el presupuesto del trono, las fuerzas armadas de mar y tierra, los aranceles comerciales y otras, que la Constitución atribuye a las Cortes, para que en todo momento se introduzcan novedades y perfeccionen (47).

El último proyecto a considerar en esta revisión de la codificación durante el trienio será el de código sanitario para la Monarquía española. Resulta verdaderamente extraño que las cuestiones de la sanidad española de aquellos años quieran revestirse de la forma de código. La idea de código en los años del trienio ha adquirido una flexibilidad máxima, según es posible apreciar en el preliminar del proyecto de código civil. La fiebre amarilla azota—sucesiva y trágicamente—la península desde los comienzos de siglo. Pero un sistema de prevención contra ella y frente a la peste bubónica—africana y del Oriente—no parece materia propia de un código, de preceptos estables, sempiternos en el sentir racionalista liberal. El proyecto de 1822, no obstante, muestra el juicio

(46) *Proyecto de Código Civil*, 8 s.

(47) *Proyecto de Código Civil*, 9 s. Por su concepción, además, el proyecto se vincula muy directamente a la Constitución, como puede comprobarse en sus artículos 34 a 52.

contrario. Quizá la repetición de las epidemias y el terror a la fiebre amarilla les hizo pensar que era menester esgrimir la mejor arma legislativa: un código de sanidad. En 1800-1801 se desencadenó con fuerza en Cádiz y Sevilla; a ésta le sucedió la de Málaga de 1803, y en 1804 se extendió por Andalucía, Murcia, Alicante y Mallorca. Las Cortes generales y extraordinarias sintieron sus efectos alrededor de su apertura y cierre; la primera legislatura ordinaria convivió con las fiebres en 1813, hasta que pudo trasladarse a Madrid. Las Cortes del trienio tuvieron enfrente los ramalazos de Cádiz y Gerona en 1819-1820, y un año después, más extensos, por Cataluña, Palma de Mallorca y Andalucía. Parecía una constante, una situación permanente que exigía grandes medidas, una regulación sistemática, ordenada, nueva: un código.

El proyecto de código de sanidad fue presentado el día 15 de octubre de 1822 a las Cortes, por la comisión correspondiente. El día 19 se inicia la discusión sobre la totalidad, que produce, en definitiva, su devolución a la comisión, por no considerarlo viable (48). En 1820 el monarca nombró una comisión gubernativa que redactaría un extenso código, con más de 900 artículos; las Cortes hicieron su estudio y modificación, reduciéndolo a 400 tan sólo. Para ello tuvo en cuenta, además, los edictos y disposiciones de sanidad del Reino y los extranjeros más importantes. La numerosa legislación de los Estados del norte de América—tan afectados por su cercanía al Caribe por los embates de la fiebre amarilla—, el acta sanitaria inglesa de 1805 y decretos posteriores, el reglamento sanitario de Nápoles de 1820 y el reciente francés de 1822. Por lo que toca a la legislación sanitaria nacional, consultó los edictos generales de sanidad de 8 de mayo de 1771, la ley o Instrucción de 25 de junio de 1803, los decretos de Cortes de 24 de marzo y 20 de noviembre de 1813, el reglamento de la Junta de Sanidad del Reino de 17 de junio de 1817, así como el de 13 de diciembre de 1821 y el bando de sanidad publicado en Cádiz en 17 de junio de 1822 (49). Sobre estas bases elaboraría la comisión el proyecto, compuesto de cuatro partes y un preliminar en que exponen intenciones y forma de realización.

La primera parte está dedicada a las bases generales de la sanidad española, señalando sus objetivos y las autoridades que deberán celar y ordenar las cuestiones de sanidad. Su artículo primero dice:

(48) *Diario 1822-1823*, ses. 15 y 19 octubre 1822, I, 177 y 221-237.

(49) Para algunas de estas noticias, *Diario 1822-1823*, I, 682 ss., en la intervención de Pedrávez. No me es posible traer aquí las vicisitudes que atraviesa en las distintas legislaturas el proyecto del Gobierno que se inició en 1820: espero poderlo hacer cuando—junto con mi hermano José Luis Peset—publique nuestro estudio sobre este Código, lleno de conexiones con la sanidad y su organización jurídica durante el trienio. Damos noticias de él, en M. y J. L. PESET, *Muerte en España*, Madrid, 1972.

El objeto de este código es: 1.º, procurar la mejor salud a los españoles y la salubridad a las Españas; 2.º, evitar que en España nazca, se introduzca o extienda ninguna enfermedad que sea sospechosa de infección, propagación o contagio, ya sea del país o indígena, ya extranjera o exótica (50).

Y en el siguiente hacía que ver su temor se concentraba, en especial, sobre «la peste levantina o bubonaria y la americana o fiebre amarilla». Las autoridades, dependientes del Ministerio de la Gobernación, eran la Dirección general de sanidad, de la que, a su vez, dependían las Juntas provinciales y municipales de Sanidad, y en los pueblos costeros, las Juntas litorales. La segunda parte, consagrada al servicio sanitario marítimo, establecía un sistema de prevenciones y patentes que significaban graves obstáculos para el comercio con América y con los focos mediterráneos de la peste bubónica. Era tal su desesperación, que nos sorprende hasta qué grado estorbaban sus preceptos sobre cuarentenas, visitas y patentes, el tráfico marítimo. Sólo la presencia de las epidemias amarillas puede hacernos comprender sus disposiciones. La tercera parte, sobre el servicio sanitario terrestre, describe y regula la declaración de la enfermedad, el aislamiento de los pueblos infectos, los cordones sanitarios, lazaretos... La cuarta parte se ocupa de la policía sanitaria, como medidas generales de higiene pública para cualesquiera tiempos y lugares hispanos, como prevenciones de limpieza, enterramientos, aguas...

El proyecto levantó amplias oposiciones en Cortes. Los argumentos usados contra él fueron variados, pero, en primer término, se puso en duda si la fiebre amarilla era o no contagiosa, pues tan severas medidas requerían pronunciarse sobre la cuestión. Trujillo, miembro de la comisión, defiende esforzadamente el contagio de la fiebre amarilla, pero por lo menos existe una duda razonable en la ciencia médica de aquel tiempo. Por ejemplo, Istúriz—recogiendo el ambiente e ideas—afirmaba su escepticismo acerca de la cuestión y de los medios propuestos por el código.

... suponiendo que ésta sea contagiosa y que deba hacerse mérito de su existencia en este código y proponer, en su consecuencia los medios necesarios para evitar su propagación; su-

(50) *Proyecto de Código sanitario para la Monarquía española*. En la Imprenta nacional. Año de 1822. Lleva dos votos particulares que suponen el desacuerdo de la propia comisión y que deparan armas para los posteriores ataques parlamentarios. El primero, firmado por Salvato, Trujillo, López del Bruño y Pumarejo, no gusta de la Dirección General de Sanidad; el segundo contra el sistema penal del futuro Código lo firman Seoane, Salvato y Montesino.

poniendo, digo, esta fatalidad, resta saber si las medidas que aquí se proponen son a propósito y tan eficaces que puedan atajar el mal... (51).

Porque la cuestión del contagio o no de las epidemias de primeros del siglo XIX no es el obstáculo único con que tropieza el proyecto en la discusión parlamentaria. Se consideran excesivos los gastos que supondría; mas, sobre todo, no gusta el establecimiento de una Dirección general de sanidad y una administración separada de este ramo, ni tampoco las severas y duras penas que establece el código (52). Y ello, porque el centralismo liberal no gusta de administraciones y fondos separados y su sentido de la legalidad penal abomina del establecimiento de conductas delictivas y sanciones graves fuera de los cauces y garantías que suponen el código criminal y el de procedimientos. Por todo ello, se devuelve el proyecto a la comisión para que retoque y torne a presentar su trabajo modificado.

Pero la comisión está abatida, sin deseos de volver sobre el proyecto rechazado. En la sesión de 19 de noviembre de 1822 presenta dictamen sobre la conveniencia de pasar de nuevo la iniciativa al gobierno, ya que sus bases habían sido desaprobadas. Algún diputado intenta mostrarse conciliador, animando a los redactores a continuar en la tarea. Pedrálvez, en nombre de la comisión, le responde con tristeza. Examina cómo las cuatro bases en que descansaba el proyecto sanitario han sido rechazadas. Eran éstas: el contagio indudable de la fiebre amarilla, la creación de la Dirección general, las graves penas que se establecían y —la cuarta— las medidas preventivas propuestas, que tampoco habían agradado a las Cortes. De nuevo, alguna voz intenta convencerles para que reanuden sus tareas. Pero es inútil. Mateo Seoane, también de la comisión, hábilmente presenta razones de tipo jurídico, más decisivas en el Congreso; discurría así este médico: se han rechazado las bases, pero, sobre todo, si la Constitución de 1812—art. 131, 23—atribuye a las Cortes la aprobación de los reglamentos generales de sanidad, supone implícitamente que la iniciativa corresponde al Gobierno; el mismo secretario de la Gobernación se ha manifestado contra el proyecto, luego debe tener otras intenciones (53). El dictamen quedó aprobado,

(51) *Diario 1822-1823*, ses. 19 octubre 1822, I, 221 s.; Trujillo, 222 ss.; López del Baño, 233 s. Seoane, también de la comisión, no ve claro el contagio, 229.

(52) Acerca de su costo, la Dirección General y las penas, véase las discusiones del 19 de octubre de 1822, *Diario 1822-1823*, I, 221-237; en I, 685 ss., Gómez Becerra afirma que de admitirse se crea un cuarto poder, el poder sanitario.

(53) Intervenciones de Pedrálvez y de Seoane, *Diario 1822-1823*, ses. 19 noviembre 1822, I, 682 ss. y 687 ss.

se devolvió al gobierno y la regulación de la sanidad quedó sin realizarse (54).

El balance final de las Cortes del trienio superó el primer período liberal. Un código penal discutido y aprobado; dos proyectos leídos y mandados imprimir, uno de procedimiento criminal, el otro el de sanidad que acabamos de examinar; el proyecto de código civil—doctrinal y ambicioso—también en parte. La restauración del poder absoluto del rey, sancionado en su manifiesto de 1 de octubre de 1823, dejaba sin valor o sin continuación estas tareas (55). Hasta que se reanuden durante los últimos años de su reinado y, luego, con el triunfo del liberalismo a partir de 1833.

3) CONSIDERACIONES FINALES

Tras la narración de los afanes y realidades de la primera codificación liberal, me permito intentar algunas precisiones sobre la idea de código en los dos primeros momentos liberales. Realmente son diferentes sus concepciones en la interpretación del sentido y esencia de los códigos liberales.

En las vísperas del primer período liberal se designaba con la palabra código—en forma general— a nuestros cuerpos tradicionales del derecho. Idéntica aplicación del concepto, como mera reunión de leyes, puede percibirse en el discurso preliminar de la Constitución gaditana de 19 de marzo de 1812. Y esta acepción—amplia, flexible—se mantendrá en uso durante todo el período. Código serán siempre las Partidas y también el de Justiniano (56). Pero a este sentido se le une pronto otra

(54) *Diario 1822-1823*, ses. 29 diciembre 1822, II, 1165. Continuaron ciertos esfuerzos en los últimos días del trienio, mas sin resultado, *Diario 1823*, Madrid, 8; *Diario 1823, Sevilla y Cádiz*, 25, 99, 149, 207. Véase P. F. MONLAU, *Elementos de Higiene pública o arte de conservar la salud de los pueblos*, 3 vols., Madrid, 1862, III, 1134 s.

(55) Sobre el final del trienio y los comienzos de la década, M. PESET REIG y J. L. PESET REIG, "Legislación contra liberales en los comienzos de la década absolutista (1823-1825)", *Anuario de Historia del Derecho español*, XXXVII (1967), 437-485. Significaría la derogación de toda la legislación liberal de aquellos tres años, en contraste con la solución de 1814, que derogó por el decreto de 4 de mayo de aquel año la Constitución totalmente y la legislación en cuanto fuere depresiva a la soberanía del monarca.

(56) Sobre el concepto de Código, J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruselas, 1967. Esta acepción puede comprobarse ampliamente en la consulta al país citada, en Jovellanos, en las primeras propuestas de Espiga y Gadea... Por usar un dato concreto y fundamental, en el discurso preliminar de la Constitución

acepción que refiere directamente a la novedad, sistema y sencillez de una forma liberal de legislar. Incluso por su contenido queda reducido a aplicaciones más concretas. El artículo 258 de la Constitución pesó decisivamente en este sentido, reduciendo a tres las materias susceptibles de formar el contenido de los códigos.

Evidentemente, ya desde Cádiz, comienza la contraposición de estas formas nuevas—por su contenido y forma de aprobación—con las antiguas leyes y códigos españoles. A veces, con cuidado de no destacar excesivamente la ruptura con la tradición anterior; alabándolos, al par que se miraba con admiración los códigos europeos más modernos, los ilustrados y singularmente los liberales de Francia (57). Pero, en otras ocasiones, abominando de la antigua legislación, de su dureza, de su falta de sistema, de la inseguridad de sus soluciones (58). He aquí unas palabras del preliminar del código penal:

de 1812, cuando afirma que "la soberanía de la nación está reconocida y proclamada del modo más auténtico y solemne en las leyes fundamentales de este código", referido al Fuero Juzgo, D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones* ..., 117.

(57) Véase la medida del discurso preliminar de la Constitución de 1812 cuando, tras afirmar su apoyo en las leyes fundamentales de Aragón, Navarra y Castilla, añade: "Pero al mismo tiempo no ha podido menos de adoptar el método que le pareció más análogo al estado presente de la nación, en que el adelantamiento de la ciencia del gobierno ha introducido en Europa un sistema desconocido en los tiempos en que se publicaron los diferentes cuerpos de nuestra legislación, sistema del que ya no es posible prescindir absolutamente, así como no lo hicieron nuestros antiguos legisladores, que aplicaron a sus reinos de otras partes lo que juzgaron útil y provechoso" (D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones* ..., 116). Es el mismo tono moderado el que inspira el preliminar del *Proyecto de Código de procedimiento criminal*, IV, al decir: "Aunque la comisión no sea ciega admiradora de nuestras antiguas leyes ni de sus expositores y comentadores, ha creído, sin embargo, que debía examinar aquéllas y éstos, y confiesa con franqueza que no ha sido infructuoso este penoso trabajo. Es verdad que nuestros códigos, al paso que tocan muy ligeramente algunas materias esenciales del procedimiento criminal, se extienden con difusión en muchos puntos que la ilustración del siglo y el establecimiento del sistema representativo han hecho absolutamente inútiles o los han proscrito como monumentos de la ignorancia y la ferocidad de los siglos a que debieron su origen. Y no es tampoco menos cierto que nuestros antiguos escritores de prácticas forenses, al paso que trataron de suplir la imperfección de las leyes, lo hicieron de una manera que, lejos de aclarar lo oscuro y simplificar lo redundante, las confundieron más y más con sus difusos y contradictorios comentarios y centones, llevando su cavilosidad hasta el increíble extremo de enseñar bajo el título de cautelas el modo de hacer ilusorias las leyes. Mas en medio de este inmenso caos de doctrinas poco aplicables en su mayor parte a la legislación que reclaman las luces y civilización del siglo, se encuentran como esparramadas y sin la unidad correspondiente muchas y muy excelentes reglas que, con algunas modificaciones, pueden y deben hacer parte de los códigos del siglo XIX."

(58) Más duro se muestra el preliminar del código civil de 1821, que, aun cuando afirma que aquellos códigos fueron en su tiempo "muy superiores a los del

... no hay duda en que si el mérito de una buena legislación se hubiera de calcular por la multitud de leyes o por el abultado tamaño de los volúmenes que las contienen, la de España se aventajaría a todas las de Europa. Mas ¿de qué puede aprovechar una biblioteca legal, un cuerpo de derecho, sin la justa proporción de sus miembros, sin enlace, sin unidad y sin método?

Y, sobre todo, ¿qué podrá decirse de la naturaleza de sus leyes criminales? Leyes oscurísimas, expresadas por medio de nomenclaturas incomprensibles y extendidas en estilo sumamente prolijo y complicado, y en lenguaje a las veces semibárbaro; leyes en que se echa de menos la clasificación de los crímenes, la justa medida y graduación de los delitos y penas, y las relaciones y debida proporción de éstas con aquéllos; leyes parciales, contradictorias, cuya aplicación es muchas veces un problema muy difícil de resolver y manantial de dudas y opiniones encontradas; leyes severas, crueles, sanguinarias, que autorizan atroces y horriblos suplicios, mutilaciones injuriosas a la dignidad del hombre, bárbaros tormentos, de cuyo horrendo espectáculo se estremece aun el menos sensible y compasivo; leyes que desacreditan las costumbres y la moral privada de los españoles y representan a la faz del mundo civilizado ideas repugnantes a su carácter generoso y al estado de su cultura, en que tanto ha progresado (59).

La repulsa liberal de nuestros antiguos códigos—leyes y compilaciones—es creciente, con mayor o menor intensidad. Y ello por varias razones. Por su amplio volumen y extensión, su prolijidad en el decir, su falta de sistema coherente; por su contenido que responde a otras épocas e ideas, por su severidad; por no sujetarse a los nuevos principios políticos, en su aprobación y en el respeto de los derechos individuales y la división de poderes. En suma, por carecer de claridad, racionalidad, igualdad, libertad. La nueva legislación liberal pretendía estas metas y,

resto de la Europa", entra en una crítica detallada (*Proyecto de Código Civil*, 11, 11-14); no hay que olvidar que en su comisión estaba Garelli, que se expresa ya acremente contra la tiranía y los cuerpos del derecho castellano—Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas, Recopilación—en la *Instalación de la cátedra de constitución en la Ciudad de Valencia, a cargo del Pabordre D. Nicolás Garelli: hízola por orden de S. M. las Cortes y S. A. la Regencia del Reino, el Jefe superior político de esta provincia D. Mateo Valdemoro, el día 15 de enero de este año*. Valencia, 1814, 24 y 31.

(59) *Diario de las discusiones y actas*. .. I, 13.

dentro de ella, serían los centros jurídicos más importantes, la Constitución y los códigos civil, penal y mercantil.

Mas en la época del trienio, aun cuando parten de las ideas de las Cortes extraordinarias, plasmadas en la Constitución revivida, se produce una ampliación del concepto o cauce jurídico que significan los códigos liberales. Cualquier materia—salvo las más pasajeras o transitorias—puede encerrarse y regularse en la armonía estructurada de un código. Basta «que en la coordinación de las materias y en el desenvolvimiento de ellas resplandezca sin afectación un método y estilo que interese a los que le consultan, les aclare las ideas en lugar de oscurecerlas, les remueva dudas en lugar de multiplicarlas» (60). Todas las zonas del derecho, salvo excepciones contadas, pueden estabilizarse y ordenarse en el articulado de un código. De ahí que designen a la Constitución de 1812 como tal; que multipliquen su número—no sólo con los de procedimientos a estilo francés—, sino con un código rural, de sanidad...; incluso a través de esta primacía de la forma, cabe explicar la ampliación que proponía el código civil absorbiendo en su seno material administrativas y de organización. La forma, el orden y estructura, inspirado su contenido en nuevos principios por lo demás, es suficiente para poder hablar de código (61).

También este sentido amplísimo explica—a mi entender—que un sistema defensivo contra la fiebre amarilla pueda albergarse en un código. Desde luego, la permanencia del mal contagioso podía prestar cierta continuidad y estabilidad a las normas dirigidas a precaverla o combatirla. No obstante, los mismos componentes de su comisión, a través del médico Seoane, expresan su convicción de la provisionalidad de esta ley sanitaria: «En medio del desorden existente, el publicar una ley que hiciese estos males lo menos dañosos que fuese posible es, en mi dictamen, un beneficio y una necesidad, aun cuando esta ley sea provisional, como no puede dejar de serlo» (62). La forma código puede, por tanto, abarcar hasta lo pasajero, prácticamente cualquier contenido jurídico, con tal de ser sometido a las Cortes y ser nuevo y al día.

Quizá donde se exprese más claramente el sentir de las Cortes del trienio sea en el preliminar del proyecto civil, al aspirar hacia un código amplio—reminiscencias de tiempos anteriores—, con una serie de

(60) *Proyecto de Código Civil*, 15.

(61) Sobre la Constitución como código, véase *Diario 1822-1823*, ses. 11 enero 1823, II, 1308; son palabras del Duque de Rivas, que cité en M. PESET REIG, *La enseñanza del Derecho...*, 336. Las restantes aplicaciones en el texto y sobre Código de policía, véase la nota 34 de este trabajo.

(62) Mateo Seoane en *Diario 1822-1823*, I, 229.

apéndices; inspirado por la Constitución y compartido por un código penal. Y, después, cuando dicen adaptarse más al sentir de las Cortes, admitirán la diversidad de códigos, pero, en tal manera, que todos ellos junto a la Constitución que preside abarquen el total del mundo jurídico de sus leyes y principios.

En el futuro—a lo largo de la codificación del siglo XIX—se volvería a atender a la restricción de Cádiz. Nuestros ordenamientos procesales recibirán el nombre de leyes de enjuiciamiento, y aunque el sentido más amplio se conserve y aplique a veces, parece que la voz código se limitó al derecho civil, penal y mercantil. Aunque a mediados de siglo se apruebe un código de sanidad, esta vez por el miedo y los problemas que despierta el cólera morbo.

En este punto, termino el esquema de la primera codificación liberal. Quedan precisados sus avatares y sentidos en 1810 a 1814 y en 1820 a 1823. Queda esbozada su línea general y recorrido, para procurar entender la primera etapa codificadora en su significado total y en las distintas parcelas jurídicas que se intentan renovar a través de las realizaciones y proyectos liberales del reinado de Fernando VII. Otros materiales podrán ir engrosando—o rectificando—lo expuesto; una interiorización de los contenidos de cada uno de estos cuerpos permitirá que la historia externa de la codificación se complete en una síntesis de sus instituciones. Y, sobre todo, esperemos poder completarla algún día en su desarrollo cronológico, a partir de los materiales existentes inéditos en el archivo de la Comisión general de codificación en el Ministerio de Justicia. García González tiene en preparación la publicación de un proyecto de código penal de finales del reinado de Fernando VII, cuando una comisión nombrada por el monarca procuraba salir del mundo de nuestras antiguas leyes patrias; después intervendría Sainz de Andino—feliz autor del código mercantil de 1829 y su complemento procesal—, modificando aquel primer intento y redactando su propio código. Hay una etapa por descubrir entre el código de 1822 hasta el de 1848. Recientemente, en su conferencia sobre la adopción, el mismo profesor mencionaba una serie de proyectos desconocidos de la codificación civil, que señalarán en su día el puente entre el proyecto de 1821 y el de 1851. Un proyecto de código civil de don José Ayuso, don Eugenio Tapia y don Tomás Vizmanos, presentado al gobierno en 15 de septiembre de 1836; luego, en 1843, se crea la Comisión general de codificación, que aprueba unas *Bases para el código civil* en marzo de 1844 y encomienda a Cirilo Alvarez la redacción de un proyecto que ésta recibe en noviembre de 1844; la Comisión aprueba otro proyecto en 19 de mayo de 1845. Por fin, otro proyecto, aprobado en 13

de febrero de 1849, parece al antecedente inmediato de 1851, que, sin duda, hallará explicación—al menos parcial—en esta serie enumerada, como el código civil se apoya en él (63). La codificación española es todavía terreno necesitado de estudio, en donde la publicación de sus textos resulta exigencia previa para el análisis de su significado y caminos recorridos.

MARIANO PESET REIG

(63) J. GARCÍA GONZÁLEZ, "Aspectos históricos de la adopción", conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Valencia el día 23 de febrero de 1971, que se halla en prensa.

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 CABAIREIRO

REGISTRO MERCANTIL

- 1.—SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES.—LA VOLUNTAD SOCIAL EN UNA SOCIEDAD DE TIPO PERSONALISTA PUEDE SER RECOGIDA DE CUALQUIER MANERA AL SER SUFICIENTE LA MANIFESTACIÓN DE LAS VOLUNTADES SINGULARES DE LOS SOCIOS, SIN QUE SEA NECESARIO ACUDIR A LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE NORMAS ESPECIALES DICTADAS PARA OTRA CLASE DE SOCIEDADES, Y QUE, EN CONSECUENCIA, TENGA QUE SER CONVOCADA EN UNA SOCIEDAD COLECTIVA O COMANDITARIA FORZOSAMENTE LA JUNTA POR EL ADMINISTRADOR EN FUNCIONES O, EN SU DEFECTO, POR EL JUEZ, PUES DE LOS PROPIOS PRECEPTOS QUE EN LAS SECCIONES SEGUNDA Y TERCERA DEL TÍTULO PRIMERO DEL CÓDIGO DE COMERCIO REGULAN ESTAS SOCIEDADES SE DEDUCE LA NO NECESIDAD DE TALES FORMALIDADES Y UNA MAYOR LIBERTAD DE PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE UN ACUERDO SOCIAL.

Resolución de 2 de noviembre de 1971. (B. O. del E. de 1 de diciembre.)

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada en Las Palmas el 25 de octubre de 1922, se constituyó la compañía mercantil «Rodríguez y Moreno, S. en C.» Posteriormente, a consecuencia de acuerdo tomado en Junta general el 22 de agosto de 1946, se otorgó otra escritura, cuya cláusula

sula II dice lo siguiente: «La designación de gerente a favor de don Alejandro Rodríguez Quintana es irrevocable mientras dure la vida de los padres de los otorgantes, don Francisco Rodríguez Moreno y doña María del Carmen Quintana Cruz; pero, una vez fallecidos ambos padres, podrán los socios colectivos, por mayoría de capital, designar nuevo gerente, si así lo estimasen conveniente, pero entendiéndose que mientras no hiciesen uso de este derecho seguirá desempeñando el cargo de gerente don Alejandro Rodríguez Quintana.» Una vez fallecidos los citados padres, mediante acta notarial de 14 de noviembre de 1969, los recurrentes, que integraban junto con el gerente la totalidad de los socios, requirieron a don Alejandro Rodríguez Quintana, que ocupaba el mencionado cargo, para que con toda urgencia y en el plazo máximo de cinco días convocase Junta general, que habría de celebrarse dentro de los veinte días siguientes, con objeto de nombrar nuevo gerente, absteniéndose mientras tanto el requerido de realizar otras operaciones que las indispensables al normal desarrollo del negocio. El notificado contestó dentro del plazo legal, accediendo a la petición y citando, en consecuencia, a los socios a Junta general, que habría de tener lugar el 17 de diciembre en el domicilio social, para tratar del nombramiento de nuevo gerente y presentar el balance de situación. Los recurrentes estimaron que el plazo señalado era demasiado largo, por lo que acordaron celebrar la reunión en fecha más próxima, y a tal fin, el 21 de noviembre de 1969, mediante acta notarial, citaron al mencionado gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, para la Junta que se celebraría el 26 de noviembre de 1969; sin embargo, el requerido manifestó que tenía que ausentarse a Madrid, exhibiendo a tal efecto pasaje de la compañía Iberia, adquirido el día 15 anterior para ser utilizado el 23, por cuyo motivo no estaría en la reunión del 26, manteniendo por su parte la convocatoria hecha por él para el 17 de diciembre, que se acomodaba, según dijo, a las pretensiones de los requirentes, y sin que se hiciese uso de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, que señala un plazo de treinta días a partir de la fecha en que hubiesen sido requeridos notarialmente los administradores para convocar a Junta general. Igualmente manifestó que consideraba ilegal la convocatoria de los requirentes, por ser contraria a lo pretendido por ellos mismos en su requerimiento de 14 de noviembre y a lo dispuesto en el citado artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, y en el mismo acto requirió a su vez a los requirentes para que se abstuviesen de inmiscuirse en los asuntos y negocios de la compañía, de penetrar en sus locales y de sacar libros y papeles de la sociedad, debiendo reintegrar los documentos contables que habían tomado, acción que paralizaba la contabilidad de la empresa. El día señalado 26 de noviembre se celebró, sin la asistencia del gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, la Junta general convocada por los restantes socios, tomándose el acuerdo de destituir al nombrado gerente, designando para sustituirle a don Arturo Rodríguez Quintana, quien tendría las facultades administrativas que específicamente se señalaban. Con fecha 7 de octubre de 1970 se presentó en el Registro Mercantil de Las Palmas una certificación del acta de la anterior Junta general, cuya inscripción fue denegada, sin que se recurriese contra la misma. El 2 de enero de 1971 los concurrentes a la Junta del 26 de noviembre de 1969 comparecieron ante Notario para manifestar que habían decidido celebrar nueva Junta general el día 15 siguiente para ratificar los acuerdos tomados en la reunión anterior, por lo que le requerían para que citase al socio don Alejandro Rodríguez Quintana, diligencia que tuvo lugar el día 5 de enero, manifestando el interesado que la convocatoria no era válida por las razones que expuso. El día 15 de enero, y ante Notario, tuvo lugar la reunión anunciada con asistencia

de todos los socios colectivos—excepto el antiguo gerente—, que ostentaban la mayoría absoluta del capital social, asistiendo también, aunque sin voz ni voto, el único socio comanditario, don Manuel Rodríguez Quintana. En la reunión se acordó ratificar el cambio de gerente tomado en la Junta celebrada el 26 de noviembre de 1969 y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil, y que el 23 de marzo de 1971 se otorgó tal escritura, aceptando don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana el cargo para el que había sido nombrado, prometiendo desempeñarlo fiel y lealmente.

Presentada en el Registro Mercantil de Las Palmas primera copia del anterior documento, junto con otros complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción que se pretende del acuerdo sobre revocación en el cargo de gerente de la sociedad del socio colectivo don Alejandro Rodríguez Quintana y nombramiento de nuevo gerente, con específicas facultades de administración, en favor del también socio colectivo don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana, porque, no obstante haberse tomado dicho acuerdo por los restantes socios, con exclusión del primeramente nombrado, esta voluntad, aunque mayoritaria, no constituye verdadero «acuerdo social» con fuerza vinculante, toda vez que se adopta en reunión no convocada debidamente, o sea por el socio que en tal momento ostentaba la cualidad de gerente y administrador único de la sociedad, quien, por otra parte, y a requerimiento de los demás socios, había convocado a Junta general con el preciso objeto de proceder estatutariamente a la designación de nuevo gerente—aparte de la presentación del balance de situación correspondiente—, sin que de toda la documentación aportada resulte que dicha Junta hubiese tenido lugar ni los motivos de su no celebración.» Interpuesto recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, el Registrador dictó acuerdo manteniéndola, y la Dirección General revoca la nota y acuerdo del Registrador en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*.—Vistos los artículos 121, 129, 130, 132, 148, 150 y 218 del Código de Comercio y las Resoluciones de este Centro directivo de 30 de marzo de 1951, 7 de febrero de 1953 y 19 de noviembre de 1957.

Considerando que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible una escritura en la que todos los socios colectivos de una sociedad comanditaria—excepto uno, que es el actual gerente—acuerdan por unanimidad dejar sin efecto el nombramiento de este último y designar en su lugar a otro de los socios para este cargo, cuando tal acuerdo se ha adoptado sin haber sido convocada Junta social en forma igual o análoga a como se previene se haga para las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada por la legislación vigente.

Considerando que tanto las sociedades colectivas como las comanditarias, por su carácter de sociedades personalistas, presentan una regulación especial que las distingue de la anónima—típicamente capitalista—y de la de responsabilidad limitada, y que tiene su fundamento en la responsabilidad personal y solidaria de los socios por las operaciones que se hagan en nombre de la sociedad, y ello se traduce, sin duda, en el aspecto administrativo, en la no necesidad de Junta general ni de que la validez de los acuerdos sociales quede sujeta a un régimen de formalidades establecido, y por ello, a diferencia de la sociedad anónima—artículos 56 y 57 de la Ley que las regula—y de la limitada—art. 15 de su Ley especial—, el Código de Comercio establece en el artículo 29 que cuando no hay pacto especial los socios presentes se pondrán de acuer-

do para todo contrato u obligación que interese a la sociedad; en el 132, la posibilidad de pedir judicialmente por los mismos socios el nombramiento de un administrador en caso de gerente estatutario que usase mal de la facultad de administrar; el 148 indica la aplicación de las mismas normas en caso de sociedad comanditaria, y el 150, la posibilidad de examinar el balance durante un plazo establecido, sin que en todos casos haya de ser convocada Junta social.

Considerando que en el presente caso se trata de la revocación de la facultad de administrar que tenía uno de los socios sin ostentar el carácter de gerente estatutario y la subsiguiente designación de nuevo administrador, acto típicamente social en el que la sociedad hace valer un poder que le había sido conferido estatutariamente y que exige, tal como declaró la Resolución de 19 de noviembre de 1957, un procedimiento y mecanismo idóneo para que se forme esta voluntad común que impulse y legitime el acto social.

Considerando que, tal como se ha indicado en el segundo de los Considerandos, la voluntad social en una sociedad de tipo personalista puede ser recogida de cualquier manera al ser suficiente la manifestación de las singulares voluntades de los socios, según se deduce de los artículos allí citados, sin que sea necesario acudir a la aplicación analógica de normas especiales dictadas para otra clase de sociedades, y que, en consecuencia, tenga que ser convocada en una sociedad colectiva o comanditaria forzosamente la Junta por el administrador en funciones o, en su defecto, por el Juez, pues de los propios preceptos que en las secciones segunda y tercera del título primero del Código de Comercio regulan estas sociedades se deduce la no necesidad de tales formalidades y una mayor libertad de procedimiento para la obtención de un acuerdo social.

Considerando que por lo expuesto hay que estimar como acto social el realizado por los comparecientes al reunirse en el domicilio de la sociedad, en donde, tras la correspondiente deliberación, se adoptaron por unanimidad los acuerdos discutidos, de los que se levantó acta notarial, y que, junto con las certificaciones correspondientes, sirvieron de base al otorgamiento de la escritura calificada, acuerdos notificados al socio hasta entonces gerente, sin que, como ya declaró este Centro en la Resolución de 7 de febrero de 1953—y en un caso de mayor gravedad que el actual, por tratarse de una exclusión de socio en base a un acuerdo unánime de los restantes socios por decisión unilateral de éstos—, deje de conservar, como es lógico, el gerente destituido la posibilidad de impugnar *a posteriori* las causas y motivos de su cese, sin que el cambio procesal que implica el actuar como demandante en lugar de demandado desplace en este supuesto la carga de la prueba, ni haga más oneroso su ejercicio, ni ponga en peligro sus intereses en caso de injusticia notoria, facilitando, en cambio, el normal desenvolvimiento de la sociedad.

Considerado, por último, que no cabe pueda producirse un confusio-nismo en la vida de la sociedad ante la posibilidad de acuerdos contradictorios, puesto que la Junta convocada por el entonces gerente a requerimiento de los socios—un año antes—no tuvo lugar, y precisamente por no haberse celebrado se reunieron nuevamente los indicados socios para ratificar el acuerdo anterior, sometido a debate.

C) COMENTARIO.—*El presente recurso se centra en tres problemas fundamentales: 1) Precisar si el gerente destituido por acuerdo de los restantes socios reúne o no los requisitos de gerente estatutario del ar-*

tículo 132 del Código de Comercio. 2) Determinar si por estar convocada la Junta de socios habrá de esperarse necesariamente a su celebración, o si pueden éstos prescindir de la convocatoria y adoptar el acuerdo de destituir al gerente que la había convocado; y 3) Resolver si, salvo el caso de convocatoria judicial, el único órgano competente para convocar la Junta de socios es el administrador único, ya actúe por propia iniciativa o a instancia de los restantes socios.

La primera de las cuestiones—naturaleza del cargo de gerente, y si éste desempeña o no el carácter de gerente estatutario—parece solucionada por el artículo 132 del Código de Comercio, que, al tratar de las compañías colectivas, delimita su naturaleza a través de las siguientes notas típicas del gerente estatutario: a) Atribución de la facultad privativa de administrar y usar de la firma social como condición expresa del contrato; y b) Rescisión del contrato social únicamente por vía judicial.

Para URÍA (1), pese a que el monopolio de administración no es un supuesto muy frecuente, la figura del administrador único está admitida implícitamente por los artículos 129 y 132 del Código de Comercio. En este sentido, una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 1953 configura las características propias del gerente estatutario a que se refiere el artículo 132 del Código de Comercio a base de las siguientes: 1) Absorbe de modo exclusivo—«facultad privativa de administrar»—la administración y el uso de la firma social, palabras con que el Código designa las facultades de gestión y el poder de representación, que originaria y naturalmente corresponden a todos los socios. 2) Que la designación se haya realizado nominativamente en el acto constitutivo de la sociedad, o en el modificativo, con asentimiento unánime de todos los socios, y en ambos casos como «condición expresa del contrato social». 3) Que no se hayan fijado contractualmente causas determinadas de revocación.

Con arreglo a la anterior doctrina, es evidente que el gerente destituido nunca reunió los requisitos de gerente estatutario del artículo 132 del Código de Comercio, ya que en la escritura de constitución social no fue designado nominativamente como tal, y a tenor de los estatutos vigentes podía ser suspendido en sus funciones por simple acuerdo mayoritario, aun sin expresión de causa. Cosa que no hubiese sido factible si se le considerase gerente del artículo 132, ya que dicho precepto impone taxativamente el dilema de nombrar un coadministrador por los trámites perentorios del artículo 2.162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o pedir judicialmente la disolución parcial de la sociedad por exclusión del gerente como socio.

Así, pues, el problema se centra en la segunda y tercera de las cuestiones planteadas, es decir, si la revocación y subsiguiente nombramiento de nuevo gerente puede acordarse por los restantes socios, estando convocada una Junta por el entonces gerente, y a requerimiento de éstos, y la de determinar cuál es el órgano competente para convocar la Junta de socios. La dificultad de ambos problemas se ve incrementada por la peculiar naturaleza de la sociedad comanditaria por acciones, sujeta a normas de atracción hacia la sociedad anónima, dado que el capital aportado por los socios comanditarios está representado y dividido por acciones, y por la fragmentaria reglamentación que sobre ella establece la legislación mercantil (arts. 160 C. de C., 99 R. R. M. y D. T. 3 de la L. S. A.).

Por ello, produciéndose en el presente caso un problema de convocatoria de esta especie social, la duda surge en determinar si, en defecto de disposiciones legales y estatutarias, habrán de aplicarse a la convo-

(1) RODRIGO URÍA, *Derecho Mercantil*, segunda edición, pág. 125 Madrid, 1959

catoria de la Junta de socios de la sociedad comanditaria las normas propias de la sociedad de responsabilidad limitada y aun de la anónima, en la medida en que no sean incompatibles con la estructura personalista de aquélla.

La regla general establecida en nuestro Código de Comercio respecto de todo tipo de sociedad es la que se refleja en el artículo 121: «Las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos, y en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código.» Pero, en el caso que se comenta, ni en la escritura de constitución social ni en los estatutos se establecen reglas a tal efecto, por lo que parece no debe existir inconveniente en suplir las lagunas del Código de Comercio aplicando la normativa de las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas al supuesto que se comenta de sociedad comanditaria por acciones. No obstante, la cuestión de fondo antes apuntada subsiste, ya que si está convocada la Junta por el gerente la duda estriba en resolver si puede celebrarse otra Junta dentro de dicho período de convocatoria por los restantes socios. En principio, parece que el acto administrativo social que supone la convocatoria de la Junta de socios tiene plena virtualidad y sólo puede quedar sin efecto por el transcurso del plazo fijado para su celebración, ya que es lógico considerar que dicho plazo actúe como término final o, si se quiere, como condición resolutoria en el sentido de que, transcurrido el plazo sin haberse celebrado la Junta de socios, queda sin efecto la convocatoria. En consecuencia, se podría partir de la base de que la convocatoria es válida y eficaz mientras no se celebre la Junta de socios, es decir, en tanto no transcurra el plazo señalado o no llegue el día fijado. Pero ello no parece ser obstáculo a que todos los socios puedan—pese a la existencia de una convocatoria para un día determinado—acordar por unanimidad la celebración de Junta universal dentro de dicho período. En este punto se encuentra el precedente del artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas, regulador de la Junta extraordinaria universal. Sin embargo, en el presente caso el acuerdo de los socios no se adopta con la unanimidad de éstos; falta a la Junta el gerente de la sociedad, y no puede hablarse, por consiguiente, de unanimidad de todos los socios, sino sencillamente de mayoría aplastante, pero mayoría, y este hecho es el que produce el inconveniente señalado por el Registrador y su consecuencia lógica que de admitir dicha compatibilidad de convocatoria y de juntas se produciría un confusionismo en la vida de la propia entidad. Por lo anterior, entendemos que, salvo el caso de Junta universal, que puede acordarse en cualquier momento, cuando esté convocada una Junta de socios no cabe duplicidad de convocatoria si aquélla se ha atendido a los plazos legales.

Si aplicamos las consecuencias anteriores al caso planteado, resulta que en el mismo tuvieron lugar tres diferentes convocatorias de Junta de socios: la primera, realizada por el gerente, fijada para el 17 de diciembre de 1969, y que no se celebró. Es evidente que esta convocatoria, por no haber tenido lugar la Junta, queda sin efecto por el juego antes señalado del transcurso del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria, de acuerdo con lo establecido en nuestro Código Civil; lo anterior, sin perjuicio de que el plazo de convocatoria sobrepasaba el de treinta días señalado por el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas. La segunda convocatoria de Junta, celebrada el 26 de noviembre de 1969, adoleció del vicio ya señalado de encontrarse convocada la Junta de socios por el gerente y no reunir unanimidad. Es, por consiguiente, la tercera convocatoria que da lugar a la Junta general de 15 de enero de 1971, la que plantea la última cuestión de fondo de si la facultad de convocar corresponde exclusivamente al administrador único

de la sociedad. En principio, de acuerdo con los artículos 56 de la Ley de Sociedades Anónimas y 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, parece desprenderse que, salvo el caso de convocatoria por vía judicial, el único órgano competente para convocar es el administrador, ya actúe por propia iniciativa o a instancia de los socios. Pero en este punto concreto es donde juega la especial naturaleza de las sociedades personalistas—en este caso comanditaria por acciones—, y la norma del artículo 29 del Código de Comercio, «cuando no hay pacto especial los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad», a la que cubría añadir las siguientes consideraciones:

— Que, de no admitirse la convocatoria por los socios, en caso de resistencia del administrador único, habría forzosamente que acudir a la vía judicial, ya que nunca podría producirse la convocatoria por unanimidad.

— Se paralizaría la vida de la sociedad en el intervalo.

— No podría destituirse de su cargo al gerente no estatutario, sino mediante intervención del Juez, y no existiría, por tanto, diferencia alguna a estos efectos entre el gerente estatutario y el no estatutario.

— Todo ello con las graves consecuencias que de una mala gestión se acarrearían a los socios colectivos.

Sin duda, estas y otras razones son las que han motivado la reiterada doctrina de la Dirección, especialmente la Resolución de 30 de marzo de 1951 y la de 7 de febrero de 1953, que sientan la jurisprudencia que ahora se reitera de que «la voluntad social en una sociedad de tipo personalista puede ser recogida de cualquier manera al ser suficiente la manifestación de las singulares voluntades de los socios».

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS y
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

II. DERÉCHOS REALES

RETRACTO ARRENDATICIO URBANO. VALOR DE UN DOCUMENTO PRIVADO. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1970.)

Hechos.—Otorgada la escritura pública de venta de los pisos de un edificio, los inquilinos interponen demanda ejercitando el derecho de retracto, pero el comprador se opone, por entender que actualmente no procede el retracto, pues los pisos habían sido comprados muchos años antes en documento privado, conociendo esta situación el inquilino, y respecto a la escritura pública de venta, no suponía propiamente una compra, sino la formalización notarial de la adquisición anteriormente realizada, por lo que no podía renacer una acción de retracto ya caducada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda del inquilino y concedió el retracto, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de injusticia notoria por el comprador por violación del artículo 48 en relación con el 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al negar la sentencia recurrida valor alguno a cualquier actuación privada respecto a los artículos 47 y 48 citados, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que el contrato privado de 4 de marzo de 1957 fue valorado por el Tribunal de Instancia oportunamente, negándole valor hasta la fecha de su incorporación a los autos, y por ello no puede servir como base del error de hecho que por el cauce procesal de la causa cuarta del artículo 136 se articula en el tercer motivo.»

Comentario.—No es necesario hacer un comentario de la doctrina de esta sentencia, pero sí de uno de los pedimentos de la demanda, solicitando se expidiera, una vez firme la sentencia de retracto, mandamiento al Registro de la Propiedad para que tome razón del compromiso que

contraen los demandantes de conservar el piso el tiempo legal de dos años. En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia se estima la demanda, condenando al demandado a otorgar las correspondientes escrituras «una vez firme esta resolución», momento en que se librará mandamiento al Registro de la Propiedad para que tome razón del compromiso que contraen los demandantes de conservar el piso por tiempo de dos años, según se pide. Confirmada esta sentencia por la Sala de la Audiencia y por el Tribunal Supremo, lo normal es que se haya expedido ya el citado mandamiento y haya llegado al Registro de la Propiedad. Por mi parte, sin perjuicio de otra opinión mejor, creo que tal compromiso reflejado en el mandamiento no debe tener acceso al Registro de la Propiedad.

Lo primero que hay que observar es que se trata de una prohibición *legal* de disponer, pues está establecida por el artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y, por ello, le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 26, 1.ª de la Ley Hipotecaria, que dice que las prohibiciones de disponer «establecidas por la ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio». De aquí se desprende que no hacía falta que los demandantes solicitaran la expedición del citado mandamiento, pues la publicidad de la ley suple, en este caso, la publicidad registral, conforme al artículo 26 citado.

No obstante, este argumento no es concluyente para negar el acceso al Registro del citado mandamiento, pues podría decirse que lo único que se desprende del artículo 26, 1.ª de la Ley Hipotecaria es que no es *necesaria* la inscripción, pero no es una norma prohibitiva, siendo conveniente en algunos casos dar publicidad registral a ciertas prohibiciones legales, y que el artículo 1.628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que el compromiso del retrayente de no vender (en los retractos gentilicios, de comuneros) y de no separar los dominios (en el retracto enfiteúutico) impuesto en su artículo 1.618, se haga constar en el Registro de la Propiedad, expidiéndose al efecto el correspondiente mandamiento para que se practique la anotación preventiva.

Ante esto no hay más remedio que reforzar la argumentación. Frente a dicha posible observación cabe decir que la Ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable a este caso, pues no se refiere al retracto arrendaticio urbano, sino a otros retractos, y no cabe aplicar la analogía, ya que la sanción que dicha Ley impone a las ventas realizadas durante el plazo de la prohibición es la *nulidad*, según su artículo 1.630, y, en cambio, el artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos impone como efecto del incumplimiento de la prohibición la *resolución* de la venta a instancia de parte interesada. Esta diferencia es fundamental a efectos del Registro, pues en el retracto arrendaticio urbano el retrayente puede otorgar escritura de venta del piso antes de transcurrir los dos años que dura la prohibición legal, y esa venta sería válida e inscribible incluso sin necesidad de que se haga constar en la escritura que la venta se hizo por haber venido el retrayente a peor fortuna, como ya estableció la Resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de septiembre de 1967. Lo único que podrá suceder es que la parte perjudicada inste la resolución de dicha venta y consiguiente cancelación de la inscripción realizada, solicitando, en su caso, previamente, anotación preventiva de la demanda. Como se verá, la prohibición legal del artículo 51 no tiene el efecto de producir cierre registral, por lo que no afecta para nada al Registro, salvo para el efecto ya dicho de cancelación, en su caso. Y por ello, por no producir ningún efecto registral, no debe tener acceso al Registro el citado compromiso del retrayente, aunque venga

amparado en un mandamiento judicial, pues se trata de un mero compromiso obligacional, cuya constancia registral lo único que puede producir es oscurecimiento de los asientos registrales y el error de pensar que con tal anotación se produce cierre registral, contra lo dispuesto en el citado artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y contra la Resolución indicada de la Dirección General. Y, además, se anotaría un mero compromiso obligacional del retrayente, que por ser derecho personal no puede tener acceso al Registro.

Si por cualquier error se hubiera anotado el citado mandamiento en el Registro, entonces procede aplicar el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, debiendo cancelarse tal anotación en los casos que se indican en el citado artículo, singularmente cuando se vaya a practicar la inscripción de la venta del piso realizada por el retrayente en contra de la prohibición de disponer del artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Lo que sí hay que hacer constar es que se echa de menos alguna garantía para la llamada «parte perjudicada» que puede instar la resolución, según el artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues no se ha previsto la notificación a dicha parte de la venta que pudiera hacer el retrayente durante el plazo de dos años siguientes al retracto. Por otro lado, respecto a los sucesivos adquirentes del piso, tampoco se ha previsto que se haga constar en las inscripciones de ventas afectas a la posibilidad de resolución esta indicación, a diferencia de lo que está previsto en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario para las ventas realizadas por mujer casada sin licencia de su esposo, y de lo que se establece en la Ley de Unidades Mínimas de Cultivos en relación con la indicación del derecho de los colindantes en la inscripción correspondiente. Puede decirse que los futuros adquirentes del piso no pueden alegar ignorancia o buena fe de la adquisición realizada, ya que en el Registro consta en el folio de la finca, aunque en una inscripción muy anterior, que dicha finca fue adquirida por derecho de retracto. Pero en la práctica, si se han producido muchas transmisiones, los interesados prescinden del examen de inscripciones antiguas, y en este caso, el título adquisitivo del retrayente quedaría oscurecido en la lejanía de los folios registrales. Por ello, para evitar estos inconvenientes, creo que debe arrastrarse en las sucesivas inscripciones el título adquisitivo del retrayente, cuando éste realizó una primera venta en el tiempo de los dos años de la prohibición del artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para que, relacionando dicho título adquisitivo con la posibilidad resolutoria del artículo 51 citado, pueda desprenderse más claramente la afección de las futuras transmisiones a la resolución indicada. Así, por ejemplo, si se trata de inscribir la compra posterior a la venta realizada por el retrayente dentro de los dos años, puede decirse en la inscripción, a continuación de la descripción, valor y cargas de la finca, lo siguiente: Don «X» (vendedor) adquirió esta finca por compra a don «Y» (retrayente), según la inscripción precedente, quien, a su vez, la adquirió por título de retracto arrendaticio, según la inscripción. .».

MONTE VECINAL. COMUNIDAD ROMANA Y EN MANO COMUN. NO EXISTE INFRACCION DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA, POR NO SER LA CONTESTACION A LA DEMANDA UNA DEMANDA RECONVENCIONAL. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1970.)

Hechos.—Se discute si un monte es propiedad privativa, en forma de comunidad romana, de 41 vecinos de un Ayuntamiento, o si es más bien un monte vecinal propiedad de todos los vecinos o del propio Ayun-

tamiento. Los 41 vecinos actúan como demandantes contra la Administración General del Estado y contra el Ayuntamiento, solicitando se reconozca la propiedad particular por cuotas sobre el monte. Contesta a la demanda exclusivamente el Abogado del Estado, en representación de la Administración, suplicando se dicte sentencia con dos pronunciamientos: 1.º Que el monte no pertenece a los 41 vecinos nominativamente señalados. 2.º Para el solo caso de que, personado el Ayuntamiento demandado en el expediente, se pidiese que el monte es vecinal, se solicita del Juzgado que se declarase que es de la titularidad del Ayuntamiento en su variedad de comunal, y subsidiariamente, para el supuesto de que así no se admita, que es de la titularidad del Ayuntamiento y está vinculado a él con carácter de monte de vecinos y que se inscriba en el Registro de la Propiedad con ese carácter.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, considerando el monte como propiedad particular de los 41 vecinos demandantes exclusivamente. En cambio, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial dictó sentencia revocando la del Juzgado, y desestimando en todas sus partes la demanda, absolvió de la misma a los demandados.

Los demandantes interponen recurso de casación por infracción de ley, alegando que existe una inscripción registral a su nombre, y como la representación del Estado, en su contestación a la demanda formuló una demanda reconvenicional, procedía aplicar el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; es decir, debería haberse solicitado, previamente o a la vez, la cancelación de la inscripción registral a favor de los demandantes. Y, en todo caso, alegan que en la sentencia de la Audiencia no se ha tenido en cuenta dicha inscripción registral que señala la propiedad, en forma de comunidad romana, a favor de los 41 vecinos designados nominativamente.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, entendiendo que no ha habido infracción del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues la contestación a la demanda no fue propiamente una demanda reconvenicional, por lo que no es aplicable dicho párrafo. Concretamente dice en su Considerando primero que, aunque la única parte demandada que contestó a la demanda (la representación del Estado) formuló su oposición en tales términos que tiene toda la apariencia de una demanda reconvenicional, en realidad se limita a solicitar en el número primero de la Súplica que se declare que no procede lo pedido en la demanda, lo que equivale a pedir la absolución de la misma, sin que la petición formulada bajo el número segundo haya entrado en juego, por estar condicionada a un supuesto que no se ha producido, razón por la cual ni el Juzgado lo consideró una verdadera reconvención ni las partes se opusieron a ello, ni la sentencia recurrida ha hecho otra cosa que considerar que no es aceptable la tesis de la parte actora, como sostenía el demandado, sin hacer otra declaración.

Además, señala otras razones de la desestimación:

«Considerando que el primer razonamiento de la sentencia recurrida no se basa sobre la salvedad inicial que hace, relativa al valor de la inscripción registral, ni al alcance de la protección jurídica que la ley le concede, sino a la interpretación de su contenido material, llegando a la conclusión de que de su texto se deduce, en relación con el titular del derecho inscrito, que no se trata del dominio particularizado que postula la demanda, sino de una relación caracterizada por la nota común de la vecindad, sin que la expresión de nombres subsiguientes desdibuje esta conclusión, estimando corroborada esta interpretación por las circunstancias que cita en el Considerando segundo, a saber: que el

hecho originario del dominio fue un antiguo foro constituido en favor de los vecinos sin determinación de personas individuales, y fueron después los vecinos en el mismo concepto los que vinieron poseyendo el terreno hasta el momento de su redención, y como tal comunidad de vecinos pagan los recibos, formulan reclaciones a la Alcaldía y actúan constantemente, y como esta interpretación del sujeto activo de la titularidad registral no ha sido combatida, falta la base sobre la que se monta la argumentación del motivo segundo, y procede su desestimación.»

ACCION REIVINDICATORIA: LEGITIMACION ACTIVA ESTANDO EN TRAMITACION UN EXPEDIENTE DE EXPROPIACION FORZOSA. DERECHO DE TOMA DE AGUAS. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1970.)

Hechos.—Decretada la ocupación de una finca en procedimiento de expropiación forzosa por el Ministerio de la Vivienda, los demandantes expropiados interponen recurso contra un Ayuntamiento por haber cortado las aguas que recibía la finca antes de tramitarse la expropiación, entendiéndose que dichas aguas no estaban incluidas en el expediente de expropiación, que sólo se refería a la finca, por lo cual el Ayuntamiento debía continuar dando salida a las mismas desde la finca de su propiedad e indemnizar a los demandantes por los perjuicios causados.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda reconociendo el derecho independiente sobre las aguas y condenando al Ayuntamiento demandado a la indemnización correspondiente.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial revocó este fallo, por falta de legitimación activa de los actores, entendiéndose que no eran ya propietarios, pues existía expediente de expropiación forzosa sobre la finca, por lo que el propietario interesado era el Estado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, concretamente del artículo 348 del Código Civil, pues continuaban siendo propietarios de la finca los demandantes, ya que no había sido pagado el precio de la expropiación, y en todo caso, porque el derecho a las aguas no estaba incluido en el expediente de expropiación iniciado por el Ministerio de la Vivienda, que sólo necesitaba el terreno y no las aguas, el Tribunal Supremo en esta sentencia declara no haber lugar al recurso, destacándose su Considerando primero, que dice así:

«Considerando... que las cuestiones que fundamentalmente fueron objeto de debate en el pleito de que traen causa las presentes actuaciones son, en realidad, dos: a) una primera relativa a la propiedad de los terrenos que aparecen formalmente como expropiados, pero que en entender de los actuales recurrentes no dejaron nunca de pertenecerles, ya que la Administración Pública no cumplió todos los trámites y requisitos establecidos en la Ley, en cuanto que todavía no ha pagado el importe de la indemnización correspondiente, y b) una segunda referente a la titularidad del aprovechamiento de las aguas que el Ayuntamiento que figura como recurrido tenía la obligación de suministrar a la finca expropiada, que se estima es independiente de ésta, y no debe, en consecuencia, seguir la suerte de la misma, no habiendo estado incluido en el expediente expropiatorio, que, según se ha dicho, se siguió administrativamente; cuestiones ambas con respecto de las cuales es preciso destacar la circunstancia importantísima de que con este planteamiento se está haciendo supuesto de la cuestión, ya que la sentencia recurrida se apoya en datos de hecho acreditados por el conjunto de la prueba practicada, de acuerdo con lo cual resulta lo siguiente: primero, que

se efectuó una expropiación de aquellos terrenos, habiéndose ocupado materialmente los mismos por la Gerencia de Urbanismo del Ministerio de la Vivienda, sin que la vía que actualmente se utiliza sea la adecuada ni para discutir el hecho de la expropiación, ni para impugnar las actuaciones so pretexto de inobservancia de las formalidades administrativas exigidas al respecto, y para lo que, como es lógico, se reservan los pertinentes derechos que a los interesados pudieran corresponder; segundo, que el aprovechamiento de las aguas que el Ayuntamiento mencionado tenía que suministrar estaba subordinado a la titularidad de la finca, cesando la obligación del mismo al ser ésta expropiada y no teniendo por qué ser incluida en la expropiación llevada a cabo, puesto que se trataba de un derecho en favor de la relatada finca, pero no incluido en ella como si se tratase de una pertenencia o parte accesoria de la misma, como no estaban ni podían estarlo las aguas en que aquel aprovechamiento consistía, y tercero, que, como consecuencia de todo lo anterior, no es posible contemplar la posibilidad de una adquisición por usucapión de veinte años que permite el artículo 409 del Código Civil de las referidas aguas, precisamente porque no se trata de un derecho personal autónomo al margen del terreno y, además, porque este mismo artículo está condicionando ese procedimiento adquisitivo al empleo de las aguas 'en el modo y forma' en que se hayan usado, lo que aquí faltaría al pretender un destino respecto de objetos distintos de los que pudieran haber servido para consolidar aquella prescripción, razones todas que conducen a la desestimación del motivo.»

PROPIEDAD PRIVADA DE ENCLAVADOS EN MONTE PUBLICO. LEGITIMACION REGISTRAL: ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1971.)

Hechos.—Consta inscrito en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y en el Registro de la Propiedad, a nombre de un Ayuntamiento, un monte, sin que en la inscripción se aluda a enclavado alguno. En el Registro de la Propiedad constan también inscritas una serie de fincas como enclavados del monte y como propiedad particular. El Ayuntamiento titular del monte reivindica la propiedad del monte en su integridad, sin que existen tales enclavados, adhiriéndose a la acción reivindicatoria el Abogado del Estado, que destaca la existencia de dos inscripciones contradictorias y que la inscripción del particular adolece de una total imprecisión, pues ni se acomoda a las normas concretas de extensión y linderos, ni es posible la localización de las fincas.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, y esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento demandante, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso estableciendo la siguiente tesis:

«Considerando que es doctrina reiterada por este Tribunal que el error de hecho en la apreciación de la prueba no puede invocarse en casación más que señalando los documentos o actos auténticos de cuya simple lectura aparezca evidente, como dice el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, de modo inequívoco, patente y claro, sin necesidad de interpretación ni otros razonamientos, lo contrario de lo que afirma la sentencia recurrida, razón por

la cual hay que desestimar los tres primeros motivos del recurso, que lo que hacen es: el primero, combatir la eficacia y alcance de la inscripción registral derivada de una información posesoria y, asimismo, de una sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal, contrarias ambas a la tesis del recurrente, lo que no es lícito por el cauce elegido; el segundo, citar una serie de actos de supuesta posesión exclusiva y excluyente del monte 25 del Catálogo de los de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, pretendiendo derivar de ellos la perscripción inmemorial como título de dominio no afectado por los documentos antedichos, lo que tampoco encaja en la finalidad perseguida por el precepto en que se ampara, y el tercero, insiste en este mismo propósito interpretando la propia inscripción registral para deducir la falta de identidad de los enclaves que del mismo aparecen, por no coincidir con la descripción que se les atribuye, lo que tampoco cabe dilucidar por este medio, porque lo cierto es que, identificados o no, existen realmente los enclavados que se oponen a la reivindicación de la totalidad del monte.»

«Considerando que el hoy recurrente, como demandante, fue quien inició el pleito esgrimiendo la acción reivindicatoria al amparo del párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil, y que le fue desestimada bajo el imperativo de la doctrina legal, que impone, a quien pretende la reivindicación, la obligación de suministrar la prueba plena y suficiente de su dominio, que la sentencia recurrida no estima acreditado...; no habiéndose logrado demostrar suficientemente la existencia del título constitutivo del dominio de lo reivindicado, no se ha podido proporcionar la base necesaria para que dicha reivindicación prospere.»

«Considerando que la sentencia recurrida, por aceptación de los contenidos en la de primer grado, sienta la conclusión de que el actor no ha probado los títulos determinantes de su inscripción en el Registro, ni la prescripción, ni la posesión quieta y pacífica sobre los terrenos en el monte 25 del Catálogo enclavados de propiedad particular a que aquella inscripción se refiere, por lo que hay que respetar la posesión de los enclavados que en la misma se recogen, contra cuya conclusión se levanta el motivo sexto, que se limita a afirmar lo contrario sin destruir previamente los hechos establecidos, y así asegura que los demandados no han realizado acto posesorio alguno, ni ahora ni nunca, a pesar de que, partiendo de un expediente posesorio, existen una serie de actos de esta naturaleza declarados incluso en sentencias judiciales y avalados por la presunción registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y sigue el recurrente pretendiendo invertir la carga de la prueba que a su parte le incumbe cuando de una acción reivindicatoria se trata; y como a esto se reduce el problema, basta con añadir para desestimar este motivo; y y con él el recurso, que su posición respecto a la suficiencia de la inscripción registral de las fincas de los demandados está en abierta contradicción con la adoptada en la demanda, en la que no se alegó defecto alguno, limitándose a alegar la ausencia de actos reveladores de la posesión, con lo cual este motivo último plantea una cuestión no sólo nueva, sino incongruente con su demanda y, por tanto, inadmisibile, una vez desistido del recurso de apelación y consentida la sentencia por el señor Abogado del Estado que la propuso.»

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

PROMESA DE VENTA. POSIBILIDAD DE QUEDAR UN TERCERO AFECTADO POR UN CONTRATO QUE CONFIRMO EN DOCUMENTO APARTE. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1971.)

Los hermanos doña Dolores y don Ramón Maurín Somoza eran los propietarios de un edificio situado en la calle Canillas, número 57, de Madrid. El día primero de mayo de 1963 arrendaron uno de los cuartos de dicho inmueble a don Luis Rivas de Miguel. Posteriormente, los propietarios entraron en contacto con un contratista al que le interesaba construir sobre el solar del edificio y que a cambio del mismo les ofrecía un piso y un ático a cada uno. Se hizo preciso entonces tratar con el arrendatario, don Luis Rivas; éste, en virtud de contrato de 15 de marzo de 1966, celebrado sólo con doña Dolores Maurín, concede expresa autorización para derruir la finca y levantar otra nueva, y a cambio la otra parte se compromete a reservar, para ser adquirido en compraventa por el señor Rivas, el piso tercero izquierda del futuro inmueble. Inmediatamente el inquilino desalojó la vivienda y se iniciaron las obras. Durante la realización de éstas, don Luis Rivas, al percatarse de que el piso que le había de corresponder se estaba construyendo con unas dimensiones inferiores a las de los restantes, siendo así que en los proyectos y planos figuraba con una superficie idéntica a la de los pisos primero, segundo y cuarto, requirió notarialmente a los propietarios para que rectificasen tal anomalía. Al requerimiento contestó únicamente don Ramón Maurín mediante carta dirigida al Notario en 13 de febrero de 1968, en la que lacónicamente informa: «El contrato de fecha quince de marzo de mil novecientos sesenta y seis que hace usted mención en su requerimiento fue suscrito por mi hermana y dicho señor Rivas, y tengo el gusto de comunicarle que el piso que le va a ser otorgado será de acuerdo con dicho contrato.» Así las cosas, se termina la obra sin rectificar la planta tercera, y cuando llega el momento de cumplir el compromiso de venta el adquirente se niega a pagar y demanda a los propietarios, solicitando se les obligue a cumplir el contrato de 15 de marzo de 1966 y, en consecuencia, a vender el piso tercero izquierda de la finca número 57 de la calle Canillas, que debería ser igual en construcción, distribución y extensión a los restantes inmediatos.

El Juez de Primera Instancia número 7 de Madrid estimó en parte la demanda, obligando al comprador a pagar el total del precio estipulado (725.000 pesetas) y a los vendedores a otorgar escritura de compraventa del tan citado piso, previa su modificación e igualación a los demás. La Audiencia Territorial de Madrid confirmó el fallo de instancia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados.

En su tercer Considerando, dice el Supremo:

«Que igualmente hay que rechazar el motivo tercero, amparado en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, consistente en infracción por violación de los artículos 1.091 y 1.257, párrafo primero del Código Civil, porque la argumentación de los recurrentes de que uno de ellos no intervino en el contrato suscrito por el otro y el demandante y hoy recurrido, por lo que no puede ser eficaz respecto a él, de conformidad con lo que se dispone en el número primero del artículo 1.257, que ha sido desconocida por la Sala de Instancia, implica prescindir de la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, relacionada con dicho extremo, según la cual el recurrente, no interviniente en dicho con-

trato, contestó al requerimiento notarial que le fue hecho el 31 de enero de 1968 a instancia del recurrido, reconociendo como titular dominical de la otra mitad del inmueble dicho contrato, conforme al cual el piso le sería otorgado (folios 5 al siete de los autos—; ratificación contractual que impide conceptual al recurrente no interviniente en el contrato como extraño al contrato.»

No cabe duda de que es aventurada la conclusión de nuestro más Alto Tribunal al considerar que la lacónica respuesta al requerimiento notarial implica reconocimiento y ratificación de un contrato en que no se fue parte, máxime cuando en dicha contestación se reitera que el convenio fue suscrito por doña Dolores Maurín y el actor, afirmando únicamente el otro propietario que el piso que le va a ser entregado será de acuerdo con el contrato. No olvidemos que en éste no se hacía mención de las características que habría de tener el piso y que para concluir que debía ser similar a los demás se tuvo que recurrir a la costumbre (Primera Instancia) o a una presunción derivada de los proyectos de obra (Tribunal Supremo).

Una vez más, la búsqueda de una solución equitativa obliga a nuestros Jueces a patrocinar una audaz y hasta peligrosa doctrina.

RECLAMACION DE CANTIDAD POR ACCIDENTE. RETROACTIVIDAD DE PÓLIZA DE SEGUROS. ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1971.)

Don Ginés Castañón Alarcón y don Manuel Rimbau Greixell regentan conjuntamente un taller mecánico de su propiedad. El 4 de enero de 1968, don Ginés suscribió, por mediación de don Antonio Maeso Rubio, agente de seguros, una proposición de seguro acumulativo contra accidentes dirigida a la compañía Assicurazioni Generali. Esta aceptó la proposición y extendió y firmó, con fecha 9 de enero, la póliza correspondiente, que de inmediato entregó a su agente, el señor Maeso, junto con el recibo de la prima trimestral inicial, para que fuese suscrita, asimismo, por el tomador. La póliza aseguraba a don Manuel, socio del tomador, contra los riesgos que pudiera correr en la explotación del taller, incluida la conducción de automóviles, y establecía como beneficiarios de la indemnización, para el caso de muerte, a la esposa e hijos del asegurado. Asimismo, se fijaba en las condiciones particulares como fecha para el comienzo del seguro la del 10 de enero, si bien el artículo 11, párrafo segundo de las condiciones generales condicionaba la entrada en vigor a la firma de la póliza y al abono de la prima. Pero aunque, como ya hemos dicho, Assicurazioni Generali había remitido al agente la póliza y el recibo del primer trimestre, éste, por descuido, olvidó cumplimentar con su cliente ambos trámites. El 20 de mayo de 1968 don Ginés satisfizo el importe de la prima correspondiente al segundo trimestre, ignorante de la irregularidad de que adolecía su contrato.

El 5 de junio de ese año el asegurado, don Manuel, falleció en accidente de circulación, cuando probaba un automóvil, y dos horas cincuenta y cinco minutos después de ocurrido fue comunicado el hecho por su socio al señor Maeso, quien le instó a firmar entonces la póliza y le hizo entrega de su ejemplar. La compañía, enterada de todo ello por su Servicio de Inspección, se negaba a atender el pago del siniestro por entender que en el momento de su producción no se hallaba vigente el contrato de seguro.

El tomador y los beneficiarios, a la vista de ello, interpusieron de-

manda de juicio declarativo de mayor cuantía que fue acogida por el Juez de Primera Instancia. La Audiencia Territorial confirmó el fallo, invocando, al parecer, la doctrina de los actos propios (Considerando segundo), el caso fortuito del artículo 1.105 del Código Civil (Considerando tercero) y, por último, la renuncia a que el contrato de seguro constara por escrito (Considerando cuarto). El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la entidad aseguradora.

Los fundamentos de la decisión del Supremo son algo distintos de los esgrimidos en la instancia para rechazar la apelación. En efecto, en el primer Considerando afirma, frente al recurrente, la existencia del contrato de seguro, «toda vez que la póliza fue firmada por la aseguradora en 9 de enero y por el tomador del seguro el día 5 de junio de 1968, por lo que se dio cumplimiento al requisito de la forma escrita exigida por el artículo 382 del Código de Comercio...». En el segundo Considerando, y una vez sentada la existencia del contrato, centra la controversia en si, el día del siniestro, había nacido o no el derecho del tomador al pago de la indemnización, es decir, en si el seguro, incontestable en su existencia desde el momento de la doble firma, tenía vigencia y desplegaba sus efectos el día del accidente, en que aún no había firmado el tomador. Recuerda en ese mismo Considerando que la entrada en vigor del contrato se hallaba condicionada a la firma de la póliza y al pago de la prima, y en los dos siguientes va a concluir que ambos requisitos se habían cumplimentado, el primero porque «como el retraso (en la firma) fue debido a la conducta negligente del agente que representaba a la sociedad, ha de retrotraerse su efectividad (la del seguro) a la fecha indicada en la misma (la póliza) como comienzo del contrato en virtud del principio de derecho de los actos propios...», y el segundo «no sólo porque el seguro fue concertado en la póliza por años, fijándose prima anual, si bien su abono fue fraccionado en plazos trimestrales, y por ello el pago de cualquiera de ellos ha de entenderse como pago, aunque sea parcial, de la primera prima», sino porque el impago de la prima a lo que da derecho es a resolver el contrato en las primeras cuarenta y ocho horas del retraso, lo que no se hizo, y después tan sólo a reclamarlas en vía ejecutiva, pero con subsistencia del seguro. El quinto Considerando, último de los doctrinales, abunda en esta solución y resuelve sobre otros motivos conexos.

Tres consideraciones se nos ocurren al hilo de esta sentencia.

En primer lugar, observemos que el Tribunal Supremo no se plantea el carácter con que opera respecto a la sociedad el agente afecto cuyo descuido motiva el litigio. Entre las dos posibles configuraciones: como agente puramente mediador v. por tanto, sin poder de representación, o como agente revestido de dicho poder y, por tanto, facultado para contratar por su principal, el Supremo da por sentado, desde el momento en que el recurso no lo cuestiona en esta instancia, que el señor Maeso se encuentra en el segundo caso y que, por tanto, las consecuencias de su conducta le son imputables a la compañía de seguros (cf. art. 253 del C. de C.). Atendidas las circunstancias del caso, parece la solución más acertada, sin perjuicio de las repeticiones a que entre la sociedad y su agente haya lugar.

En segundo lugar, es de notar la preocupación del Alto Tribunal por mantener la línea jurisprudencial abierta por las Sentencias de 24 de febrero de 1927 (citada por el recurrente) y de 19 de febrero de 1967, y que consagra la tesis del valor *ad solemnitatem* y no meramente *ad probationem* de la forma escrita en el contrato de seguro. En efecto, en vez de inclinarse por la vía fácil de la tesis contraria, sustentada por las Sentencias de 3 de enero de 1948 y 6 de octubre de 1964, y entender que el seguro existía desde que se cruzó el consentimiento (a saber: des-

de que la compañía aceptó la proposición o, en todo caso, desde que el tomador abonó el segundo trimestre, supuestos ambos anteriores al siniestro), el Tribunal Supremo se aferra a la tesis que parece más concorde con la literalidad de nuestros preceptos (arts. 382 C. de C.; 1.793 del C. C.; 7.º Regl. de Seguros de 1912, etc.) y afirma que el contrato existió en cuanto fue suscrito por las dos partes (tesis formalista), viéndose entonces en la precisión de idear una fórmula que retrotrayese sus efectos a la fecha pactada en las condiciones particulares.

Y en tercer lugar digamos que no resulta ni medianamente convincente, a nuestro juicio, dicha fórmula, porque nuestro Supremo Tribunal parece articular la retroactividad como una sanción hacia la parte negligente, y una sanción, además, amparada en la doctrina de los actos propios.

Y no resulta convincente, como decimos, en primer término, porque no es indubitado que la parte negligente sea la compañía en cuanto, según referido queda, es problemática la representación que de la misma puede gozar un agente afecto.

Por otra parte, un requisito imperativo como es el de la forma, cuya inexistencia origina la nulidad del convenio ex artículo 4.º del Código Civil—al menos esa es la tesis de que parte el Supremo—es difícilmente considerable como retroactivo. Si la forma se exige *ad substantiam*, como garantía de la libertad y certidumbre del acuerdo, antes de que se cubra esa forma no hay contrato vinculante, de suerte que hasta el artículo 11 de las condiciones generales de la póliza, al condicionar la entrada en vigor del seguro a la firma de la misma, resulta superfluo, no sólo por lo dicho, sino porque un elemento esencial del contrato no puede ser objeto de una condición que supone siempre un convenio perfecto, bien que condicionado en sus efectos.

Y, por último, tampoco convence el que la sanción de retroactividad se ampare en la doctrina de los actos propios, porque a lo que puede ésta conducir es a la desestimación de una pretensión que fuera contradictoria con otros actos del reclamante, pero nunca a un resultado tan dispar como el de que un contrato despliegue efectos retroactivos. Da la impresión de que el Tribunal Supremo utiliza aquí la doctrina de los actos propios como una elástica panacea que ampara las más equitativas, aunque no rigurosamente legales soluciones.

En definitiva, en esta sentencia se les ofrecía a nuestros magistrados una oportunidad de romper una lanza en favor del carácter consensual del contrato del seguro, pero al persistir en una línea formalista, quizá no muy justificada, precisan recurrir a construcciones de dudosa corrección.

J. M. R. P.

ARRENDAMIENTOS

DERECHO DE RETRACTO: Necesidad de cumplir los requisitos especificados en el artículo 47. El remitir el vendedor una carta en la que participaba al inquilino de la venta a los solos fines de que conociera la transmisión y el nombre del comprador no puede cumplir la finalidad que pretende el citado artículo 47 de la Ley especial ni, por tanto, iniciar el término de caducidad que establece el artículo 48. (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1971.)

*Hechos.—*Demanda. La arrendataria recibió carta suscrita por el arrendador y por el ahora demandado, comunicándole que había sido vendida por aquélla a éste, refiriéndose a grupo de viviendas, sin contener más dato referente a los pormenores de la transmisión, a lo que no prestó atención.

Por el arrendador no se volvió a pasar recibo alguno de renta y se formuló ante el Juzgado Municipal demanda de juicio de desahucio por falta de pago, alegándose falta de legitimación en el actor por cuanto la finca aparecía titulada a nombre de la primitiva arrendadora en el Registro de la Propiedad. Excepción que fue acogida por la sentencia dictada.

La inscripción registral responde a una escritura de compraventa, haciéndose constar para soslayar la obligada notificación a los arrendatarios de las fincas vendidas, que son varias totalmente independientes, que fueron descritas e inscritas como una sola, en la forma que aparecía de la transcripción que realizaba.

Que, pese a tal descripción que realizaba deliberadamente amañada, se imponía la realidad de la que la casa en cuestión, al igual que las demás que fueran vendidas, constiuyen unidades físicas y arrendatarias independientes. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando se admitiera la demanda, se diera traslado de ella al demandado y a su tiempo dictar sentencia decretando haber lugar al retracto ejercitado, condenando a dicho demandado a otorgar a favor de su poderdante escritura de venta de la finca litigada e imponiéndole las costas del juicio.

Se contestó a la demanda, oponiéndose a la misma y con la súplica de que se dictara sentencia estimando la caducidad de la acción.

Primera instancia. Que declarando como declaró caducada la acción interpuesta, debo desestimar y desestimo la demanda formulada declarando no haber lugar al retracto pretendido, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes por las causadas en el proceso.

En apelación se revocó la sentencia, y estimando la acción de retracto ejercitada por la demandante, debemos condenar y condenamos a otorgar escritura de venta de la casa descrita en la demanda, y dada la diferencia de algunas de las ocho viviendas propias del demandado, a efectos de determinar el precio correspondiente a la casa retraída, en ejecución

de sentencia se harán mediciones de todas las viviendas y proporcionalmente a ella se prorrateará el precio de venta entre todas ellas, según su respectiva cabida. Sin costas en ninguna de ambas sentencias.

Considerando: Que ejercitada en estos autos acción de retracto de una vivienda, conforme al artículo 48 de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos, la sentencia recurrida da lugar a la misma, por estimar que no es caducado el derecho que se ejercita, y en segundo lugar por versar la acción sobre vivienda independiente en su realidad física, aún cuando esté separada por paredes medianeras, de otras de la misma calle, pertenecientes al demandado, y se hallan todas inscritas en el Registro de la Propiedad como una sola finca, contra cuya sentencia se interpone recurso de injusticia notoria, cuyo primer motivo se ampara en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que denuncia la aplicación indebida del artículo 48 de dicha Ley especial, en relación con el artículo 47 del mismo texto legal, motivo que procede desestimar por las siguientes razones: a) Porque al ejercitarse una acción de retracto, amparándose en el artículo 48 de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos, ha de ser dicho precepto legal adecuado para decidir, estimatoria o desestimatoriamente, la pretensión del demandante, lo que excluye la posibilidad del vicio de la denuncia. b) Porque afirmado por el juzgador de instancia que la finca objeto del pleito es independiente de las demás pertenecientes al demandado, constituyendo una realidad física en los términos expresados, esta declaración fáctica sólo podía eficazmente ser combatida al amparo procesal de la causa cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y no por la que el recurrente invoca en este motivo, todo lo cual determina el perecimiento del mismo.

Considerando: Que al amparo del segundo motivo del recurso, seguido por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la inaplicación del artículo 48 de la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos, y está dirigido a combatir la sentencia en cuanto rechaza la alegada caducidad de la acción de retracto que se ejercita, y es procedente su desestimación, puesto que el recurrente no notifica al demandante inquilino la venta de las viviendas cumpliendo los requisitos que exige el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, esto es, de modo fehaciente con expresión del precio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador, sin que el hecho de haber remitido el vendedor una carta suscrita también por el recurrente, en la que participaba al inquilino de la venta a los solos fines de que conociera la transmisión y el nombre del comprador del grupo de viviendas del cual forma parte la arrendada al demandante, pueda cumplir la finalidad que pretende el citado artículo 47 de la Ley especial, ni, por tanto, iniciar el término de sesenta días que para la caducidad del derecho de retracto establece el siguiente artículo, ni, por otra parte, la demanda de desahucio por falta de pago interpuesta por el hoy recurrente contra el recurrido contenga los requisitos de la notificación, ni en tal pocedimiento el demandado hubiera reconocido en modo alguno la condición de propietario a favor del recurrente, sino que, por el contrario, se opone al mismo y es tal fundamento el que la sentencia afirme y estime para rechazar la pretensión del demandante, sin que exista otro acto del recurrido del que pueda inducirse el expresado reconocimiento de la calidad de dueño a favor del hoy recurrente.

Considerando: Que procede por los anteriores fundamentos la desestimación del recurso, sin hacer méritos para hacer especial imposición de costas.

EL ARTICULO 97 DE LA VIGENTE LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DISPONE QUE LA RENTA DE LAS VIVIENDAS Y LOCALES DE NEGOCIO QUE SE ARRIENDEN SERA LA QUE LIBREMENTE ESTIPULEN LAS PARTES; ESTABLECE, POR TANTO, DICHO PRECEPTO LA MAS AMPLIA LIBERTAD RESPECTO A LA CUANTIA DE LA MERCED ARRENDATICIA. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1971.)

Hechos.—En la demanda formulada se establecían, en síntesis, los siguientes hechos: Que el demandado dio en arrendamiento a su poderante el bajo izquierda. Que, entre otras estipulaciones, se convino que el plazo de duración del contrato era de un año. Que el local sería destinado al negocio de carpintería y que la renta sería de 2.000 pesetas al mes, que se aumentaría a 3.000 pesetas al segundo año y 500 pesetas por cada año hasta completar o alcanzar la de 8.000 pesetas al mes.

En virtud de ese aumento progresivo se pasó a cobrar la de 3.000 pesetas, con protesta de su representado, que consideraba ilícito tal aumento, hasta el extremo de que cansado de esperar optó por dejar de pagar las rentas. Que recientemente el actor le formuló demanda de desahucio, fundada en el impago de esas dos mensualidades, a razón de las 3.000 pesetas cada una, que le obligó, con objeto de enervar el desahucio, a satisfacer esas dos mensualidades, así como las costas del juicio. Que el demandante se ve en la necesidad de interponer la correspondiente acción judicial, tendente a restablecer la renta a sus justos límites y a reintegrarse de lo que hubo de abonar y abonó como consecuencia de ese pago ilegítimo. Alegó en derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que en su día se dicte sentencia, por virtud de la cual se declare radicalmente nula y sin efecto alguno la cláusula del contrato de arrendamiento otorgado por los litigantes, en cuanto establece unos aumentos progresivos de la renta, sobre la de 2.000 pesetas mensuales, que es la única que debe regir en dicho contrato y pagar el demandante-arrendatario, y, en su consecuencia, con expresa imposición de costas, se condene al demandado a reintegrar al demandante los incrementos operados en virtud de tal cláusula.

La parte demandada contestó la demanda oponiendo a la misma los siguientes hechos: Que es cierto el contrato de arrendamiento a que se hace referencia en el escrito de demanda, y cierto también que en dicho contrato se pactó que la renta sería de 2.000 pesetas el primer año, 3.000 pesetas el segundo año y aumentaría 500 pesetas por año hasta completar las 8.000 pesetas. Que como verdaderamente el único problema a resolver en esta litis es el de la validez o nulidad de la cláusula transcrita, y ésta es una pura cuestión de derecho, para su estudio alega los fundamentos de derecho que estima pertinentes y negando expresa y previamente los demás extremos consignados en la demanda, termina con la súplica de que se dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo al demandado, con expresa imposición de costas al actor.

Se dictó sentencia por la que estimando la demanda deducida, se declaró radicalmente nula y sin efecto alguno la cláusula del contrato de arrendamiento a que se contrae este procedimiento, en cuanto establece unos aumentos progresivos de la renta, sobre la de 2.000 pesetas mensuales, que es la única que debe regir en dicho contrato y pagar al demandante-demandado, condenando a dicho demandado a reintegrar al demandante los incrementos operados, y todo ello con imposición de costas a dicho demandado.

Se revocó la sentencia apelada sin hacer especial imposición de las costas causadas en esta segunda instancia, imponiendo al demandante las de primera instancia por imperativo legal.

Considerando: Que el contrato de arrendamiento del local de negocio de que se trata contiene una cláusula que dice así: «...por tiempo de un año y precio de 2.000 pesetas por mes el primer año, 3.000 pesetas por mes al segundo año y aumento de 500 pesetas mensuales hasta completar 8.000 pesetas», y coincidiendo recurrente, recurrido y la sentencia impugnada en considerar que dicha cláusula es de elevación gradual de la renta con límite máximo, es visto que la cuestión que se plantea en los tres motivos del recurso, todos ellos amparados en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no es otra, en definitiva, que una cuestión de derecho en orden a determinar la validez de la cláusula en cuestión, y si bien en el primer motivo, que acusa la infracción de los artículos 1.282, 1.285 y 1.286 del Código Civil, se sostiene por el recurrente que el expresado límite máximo se alcanza en el décimo mes siguiente al segundo año de subsistencia del contrato, es de advertir que este tema, es decir, cuándo en qué fecha queda situada la renta en las 8.000 pesetas, no fue suscitado en la instancia ni sobre el mismo se pronuncia la sentencia recurrida, por lo que, en realidad, su planteamiento en el recurso constituye una cuestión nueva, aparte de que tal interpretación del recurrente es de todo punto inaceptable, ya que el contenido de la cláusula pone de manifiesto que dicho límite máximo de las 8.000 pesetas se alcanza en el año duodécimo de la subsistencia del contrato.

Considerando: Que el artículo 97 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que la renta de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de su entrada en vigor será la que libremente estipulen las partes, establece, por tanto, dicho precepto la más amplia libertad respecto a la cuantía de la merced arrendaticia, y si bien, según reiterada doctrina de esta Sala, tal libertad en la fijación de la renta ha de quedar sometida a los demás preceptos arrendaticios, en cuanto se ha de respetar el postulado esencial de la prorrogabilidad de los contratos que dispone el artículo 57 de la propia Ley especial, es lo cierto que en el presente caso no cabe apreciar que la indicada cláusula está en pugna con aquel mandato legal, toda vez que no se trata de señalamiento de una renta que se eleva de manera fija, constante o indefinidamente, sino que, por el contrario, tiene un tope predeterminado, el convenio de las 8.000 pesetas, que ni por su cuantía ni por el dilatado período de tiempo que habrá de transcurrir para llegar a él puede estimarse que conduzca necesariamente al resultado de hacer ilusoria la prórroga, imposibilitando al arrendatario el continuar en el uso del local, por todo lo cual procede rechazar los tres motivos del recurso.

DERECHO DE RETORNO: *El retraso de unos meses en la práctica de la notificación, a que hace referencia el número primero del artículo ochenta y dos, no supone en modo alguno incumplimiento de la obligación de reserva, sino simplemente retardo, y así viene a deducirse del texto del último párrafo del artículo ochenta y nueve.* (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1971.)

Hechos.—Demanda: Los propietarios (demandados) habían sido autorizados gubernativamente para la demolición del edificio, habiendo efectuado la preceptiva notificación al actor, quien había optado por el derecho de retorno, que había formalizado mediante escritura debidamente inscrita y que se acompañaba.

En la fecha de otorgamiento de la citada escritura el actor desalojó el local citado y entregó las llaves a los demandados, lo que se acreditaba documentalmente.

Los demandados dejaron pasar el plazo de quince meses, en que debían llevar a cabo la demolición y nueva construcción, sin cumplir los compromisos contraídos.

Después del acto de conciliación, promovido por el actor, y de las gestiones realizadas para conseguir la entrega del local, sin resultado, los propietarios—para eludir sus obligaciones—habían remitido al inquilino (actor), por correo, a través de Notario, la notificación y oficio que se acompañaban, en la que se notificaba la renta del local (que era la misma que la del anterior); pero no así el local, insuficiente de tamaño y luces. Tampoco se le entregaron las llaves, que se obtuvieron previo requerimiento, y examinado el local, se levantó el croquis que se presentaba.

Alegó los fundamentos legales que estimó pertinentes con la súplica de que se dictase sentencia, por la que se declarase: *a)* que al actor le asistía el derecho de que se le reservase y se le entregase, por los demandados, el local del chaflán y esquina..., con la misma situación, superficie y servicios que tenía en el inmueble demolido, propiedad de los demandados, en virtud de escritura de derecho de retorno; *b)* que dicho derecho le correspondía tanto por el incumplimiento de los demandados de sus obligaciones de reserva, que les imponía el artículo 82 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y poder elegir el que tenga por conveniente, como por inadecuación del reservado, conforme a los artículos 88 y 86 de la citada Ley; *c)* que la renta que estaba obligado a pagar sería la que abonaba por el local del inmueble derruido, ante el incumplimiento de los arrendadores del compromiso contraído con el gobernador de la provincia; *d)* que se condenase a los demandados a estar y pasar por las precedentes declaraciones, así como a que se le entregase la posesión y llaves del local reclamado, procediendo al desalojo y lanzamiento del ocupante u ocupantes del mismo, aunque no fuese el demandado, sin perjuicio de las acciones que éste o cualquier otro, en su caso, pudiera tener contra los arrendadores; *e)* que se impusieran las costas del juicio a los demandados.

Contestación: Se hacía constar que al formalizar las partes el derecho de retorno no se había estipulado que el local a entregar fuera idéntico que el anterior ni el mismo, como se evidenciaba por la simple lectura del convenio suscrito. Que en contra de lo manifestado de contrario hacía constar que, en efecto, no se habían cumplido los plazos para la construcción del nuevo inmueble, pero ello había sido debido a diversas causas, que no eran las que manifestaba el actor, y que una vez construido y puesto el local y las llaves del mismo, que debía ocupar el actor, a su disposición, inició su conducta de dilaciones para retornar, no haciéndose cargo de dichas llaves y demandando a los demandados a conciliación, con la mira de obtener una indemnización por el local de retorno, ya que no lo necesita por tener otro instalado. Que los demandados no estaban obligados a entregar al actor un local idéntico al que ocupaba, ni por lugar, ni por situación, ni por superficie; que sólo estaban obligados a entregar al actor el local que expresamente le fue reservado en el expediente suscitado en el Gobierno Civil, de cuyo expediente se le dio traslado en su momento para que formulara alegaciones, lo que hizo, a pesar de que fue el único arrendatario que compareció en dicho expediente; que la mala fe del actor se evidenciaba porque el local que se entregaba era mayor que el anterior, como se evidenciaba documentalmente. Que reiteraban que los demandados habían requerido y ofrecido al actor las llaves del local reservado. Que la pretensión del actor implicaba un desaforado abuso de derecho, por cuanto para nada necesitaba el local por disponer de otro; porque le constaba que no podía reinstalarse en el local que legítimamente pretendía, ni siquiera en el

reservado, porque las Ordenanzas Municipales no permiten la instalación de talleres mecánicos en dicha zona; porque no existe finalidad legítima ni sería para ejercitar la acción que contiene la demanda, que está encaminada a perjudicar a otras personas.

Alegó los fundamentos legales que estimó pertinentes y terminó con la súplica de que se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda, con expresa condena en costas al actor.

Se dictó sentencia desestimando la demanda, con imposición de costas al actor.

En alzada, se confirmó en todas sus partes la sentencia pronunciada por el Juzgado.

Considerando: Que al declararse probado por la Sala, del conjunto de la prueba practicada, entre la que se examina los dictámenes periciales y el resultado del reconocimiento judicial, que el retraso de unos meses sobre el plazo fijado por el Gobierno Civil para la construcción se debió a justa causa, cual es que se construyó toda la manzana de edificios y que los propietarios del inmueble reconstruido suscribieron con el recurrente el documento a que hace referencia el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, «reservando al arrendatario desde el primer momento un local de análogas características del que anteriormente ocupó», con lo que cumplieron el compromiso contraído con el gobernador civil y la obligación de reserva impuesta por el artículo 82 de la citada Ley, no pueden prosperar los cuatro primeros motivos del recurso en que, al amparo de la causa cuarta del artículo 136, se denunció error en la apreciación de la prueba, no sólo porque los documentos y pericias están examinados certeramente por el Tribunal de instancia, deduciendo de ellos las lógicas consecuencias, sino porque el retraso de unos meses en la práctica de la notificación, a que hace referencia el número primero del artículo 82, no supone en modo alguno incumplimiento de la obligación de reserva, sino simplemente retardo, y así viene a deducirse del texto del último párrafo del artículo 89, y en cuanto a la acción que, al amparo del artículo 86, se ejercita, a más de que ha sido certeramente declarada su caducidad, por haber transcurrido más de treinta días entre la entrega de las llaves del local y su ejercicio, tampoco ha sido probada la existencia del perjuicio por dicho precepto legal.

Considerando: Que al denunciarse en el quinto motivo la violación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, por la vía de la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se sigue un cauce inadecuado incidiendo en causa de inadmisión, que en este trámite procesal deviene en causa de desestimación, puesto que, como tiene esta Sala declarado con reiteración, el hecho en que se basa la presunción ha de atacarse por la causa cuarta y no por la tercera, ello con independencia de que al fundar la sentencia recurrida el fallo en prueba directa, no puede atacarse con éxito una prueba de presunciones que no ha sido hecha.

Considerando: Que los tres últimos motivos, en todos los cuales se denuncian distintas infracciones por el cauce de la causa tercera del artículo 136, tampoco pueden ser estimados, ya que todos ellos tienen su base en hechos distintos a los alegados y declarados probados por la Sala de Instancia, los que, al no prosperar ninguno de los motivos de error en que se atacan, permanecen inalterables, sin que, por tanto, sea lícito al recurrente modificarlos haciendo supuesto de la cuestión.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR ELÍAS IZQUIERDO MONTORO Y
JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

CUESTION DE COMPETENCIA EN CASO DE EJERCITARSE ACCION PERSONAL EN RECLAMACION DEL PRECIO DE COMPRAVENTA MERCANTIL, EN LA QUE NO MEDIO PACTO SUMISORIO. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—El actor formuló juicio declarativo de menor cuantía en reclamación del importe de una compraventa mercantil, por suministro de envases de plástico. El transporte se efectuó, en todos los casos, a portes debidos. Las mercancías le fueron entregadas por los transportistas a la demandada, que no reclamó ni en cuanto a la calidad ni en cuanto a la cantidad de las mercancías, ni tampoco se opuso al precio que figuraba en las facturas que le fueron entregadas. Para el cobro de cada una de las partidas se giró una letra de cambio por el importe de cada factura.

Se promovió cuestión de competencia por inhibitoria, por estimar que no era cierto que las mercancías viajaban a portes debidos, ya que en las facturas se descontaban los portes de cada envío, y no constando el lugar en que había de verificarse el pago, según el artículo 62 de la Ley Procesal Civil, el fuero había que atribuirlo al del domicilio del demandado, no bastando la aseveración de la parte actora.

El Juzgado, previo dictamen del señor Fiscal, dictó auto por el que acordó requerir de inhibición..., con fundamento en que ejercitándose una acción personal, la competencia viene atribuida, a falta de sumisión y según lo dispuesto en el artículo 62, regla 1.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al Juzgado del lugar del cumplimiento de la obligación, y según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, en los casos en que la mercancía viaje a porte pagado, significa que se transportaba por riesgo del vendedor y la entrega se entiende realizada en el domicilio del comprador, que es, en consecuencia, el lugar del cumplimiento.

Se respondió que en la demanda se reclama el importe de venta de mercaderías, transportadas a portes debidos, según obra en facturas y lo ha reconocido el propio demandado, y según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, interpretando la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con apoyo en el artículo 1.500 del Código Civil, el precio debería pagarse en el lugar de entrega de la cosa vendida, y cuando la mercancía es transportada, al amparo del artículo 338 del Código de Comercio, se entenderá entregada en el domicilio del vendedor, si se hizo a portes debidos, y en otro caso, en el domicilio del comprador, y aunque es cierto que el importe del transporte lo pagaba en el mo-

mento de la recepción de la mercancía, después le era descontado en las facturas, por lo que, en definitiva, los portes eran satisfechos por el vendedor; hay que tener en cuenta que no aparece claro que la bonificación hecha en las facturas fuese por el pago del precio del transporte por el comprador, planteándose así la duda de a cargo de quién han corrido los gastos del transporte, en cuyo caso debe estimarse competente el Juez del lugar en que esté sito el establecimiento comercial del vendedor, por haber de presumirse que en él tuvo efecto la entrega de las mercaderías (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 20 de noviembre de 1965), y, por otra parte, ello podría ser una concesión o bonificación, que por sí sola no puede hacer variar la presunción antes establecida (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1961).

Ambos Juzgados han insistido en sus posiciones y elevado sus respectivas actuaciones.

Considerando: Que ejercitándose en el presente caso una acción personal en reclamación del precio de unos contratos de compraventa, en los que no mediaron pactos sumisorios de clase alguna, el conocimiento de las actuaciones corresponde, según la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley Procesal Civil, al lugar donde debe cumplirse la obligación, que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.500 del Código Civil, aplicable a las ventas mercantiles, artículo 50 del Código de Comercio y reiterada doctrina de esta Sala, lo es, salvo estipulación en contrario, aquel en que las mercancías fueron entregadas, y como en el supuesto aquí discutido éstas viajaron a portes debidos, de cuenta y riesgo del comprador, como así se acredita en los documentos aportados, resultando así el lugar cierto de la entrega, y como no puede admitirse la alegación hecha por la parte demandada, en cuanto afirma que el traslado de las mercancías adquiridas se hacía a portes pagados, ya que ello pretende acreditarse con documentos aportados por esta parte, que no se refieren a las operaciones relacionadas en la demanda, sino a otras anteriores, por lo que se hace indudable que el cumplimiento de la obligación reclamada, como determinante de la competencia de la acción personal ejercitada, ha de corresponder al Juzgado de Primera Instancia donde radica el establecimiento de los vendedores.

COMPETENCIA EN CASO DE ACCIONES ACUMULADAS DE LA MISMA NATURALEZA Y SIN QUE NINGUNA DE ELLAS MEREZCA LA CONSIDERACION DE PRINCIPAL. ES COMPETENTE EL JUZGADO DEL LUGAR EN QUE DEBA CUMPLIRSE EL MAYOR NUMERO DE OBLIGACIONES RECLAMADAS... O QUE ALCANCEN MAYOR ENTIDAD ECONOMICA. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—En autos de menor cuantía promovidos en reclamación de cantidad se formuló cuestión de competencia por inhibitoria, con base en los siguientes hechos: se ejercitan de adverso en la demanda de autos dos acciones personales derivadas de dos contratos de comisión mercantil, si bien uno de ellos se califica como contrato de exclusiva de distribución de los productos fabricados por la entidad demandada.

En cuanto al contrato de distribución exclusiva encubre en forma de comisionista mercantil la de agente comercial, por cuanto se le controlan los precios de venta, se le exige una cuenta semanal detallada de las operaciones realizadas y en abundante correspondencia repetidamente se le designa como representante.

Tratándose de dos contratos de comisión mercantil y aplicando por analogía el criterio que se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1897 y 23 de abril de 1913, debemos determinar cuál de los dos contratos o acciones es base y fundamento de la demanda.

No sólo los artículos 277 y 278 del Código de Comercio, sino la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, señalan, por una lista innumerable de Sentencias, que arrancan desde el 31 de enero de 1936, que la competencia para conocer demandas en que se discutan cuestiones derivadas de un contrato de comisión mercantil corresponde al Juzgado del lugar donde se prestaron los servicios.

Considerando: Que es criterio reiterado de esta Sala que tratándose de acciones acumuladas de la misma naturaleza y sin que ninguna de ellas merezca la consideración de principal, es competente el Juzgado del lugar en que debe cumplirse el mayor número de obligaciones reclamadas, y que acumulándose por el actor varias acciones, el conocimiento debe atribuirse al Juez que sea competente para el mayor número de ellas o que alcancen mayor entidad económica, y como en el caso debatido, está sometido el demandado en contrato... en obligaciones de mayor entidad, procede con arreglo a la doctrina expuesta, y de acuerdo con el dictamen fiscal, resolver esta competencia a favor de B., a cuya jurisdicción se sometió el demandado para el cumplimiento de las obligaciones de mayor cuantía económica, artículo 56 y siguientes de la Ley Rituaria.

LEGITIMACION DE UN HOTEL A EFECTOS DE PROCEDIMIENTO EJECUTIVO. EL HOTEL ES UN OBJETO Y NO UN SUJETO JURIDICO, PERO YA SEA UNA SIMPLE DENOMINACION DEL OBJETO, YA UN NOMBRE COMERCIAL..., LA ENTIDAD JURIDICA DEBE CONSIDERARSE, EN PRINCIPIO, CON PERSONALIDAD SUFICIENTE PARA RESPONDER DE LAS OBLIGACIONES QUE HA CONTRAIDO POR SUS ORGANOS DE ACTUACION. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—En autos seguidos sobre reclamación de cantidad en juicio ejecutivo se formuló demanda contra el hotel D. J., de Torremolinos, y despachada ejecución y llevada a cabo la diligencia de embargo, compareció en autos el Procurador, en nombre de la entidad Z., S. A., alegando que el demandado hotel D. J. no tiene existencia jurídica, pues es sólo un nombre comercial y, por tanto, son nulas de pleno derecho todas las actuaciones de este juicio, y así debe ser declarado de oficio, puesto que se trata de nulidad radical o absoluta.

Se dictó sentencia desestimando en todas sus partes la pretensión formulada por Z., S. A., y mandando seguir adelante la ejecución despachada contra el hotel D. J., todo con costas al opositor, Z., S. A.

Apelada la anterior resolución, la Audiencia dictó sentencia desestimando el recurso y confirmando la del Juzgado, sin hacer expresa declaración de las costas del recurso.

Casación por quebrantamiento de forma: Por interposición de demanda ejecutiva contra el hotel D. J., que no es persona física ni jurídica, ni tiene capacidad de obrar, admitiéndose la demanda y despachándose la ejecución con infracción de lo establecido en el artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando: Que si bien es cierto que un hotel no es más que un objeto y no un sujeto jurídico y que un nombre o designación de ese objeto no altera su naturaleza, no por eso carece siempre de trascendencia porque bien se trate de una simple denominación del objeto, si bien hace referencia a un establecimiento mercantil en acción, bien se trate de un nombre comercial (como con respecto al caso de autos afirma el recurrente), que es aquel bajo el cual gira el comerciante individual o colectivo, siempre necesitarán como base y soporte del nombre un patrimonio mercantil o una empresa cuyo titular tiene que darse a conocer, si el nombre no lo exterioriza, a través de sus órganos de actuación, y, por tanto, la entidad jurídica que ese nombre manifiesta debe considerarse, en principio, con personalidad suficiente para responder de las obligaciones que por medio de tales órganos ha contraído, que es el caso del proceso ejecutivo de que se trata, al que han servido de base unas cambiales aceptadas por el director del establecimiento con la previa supervisión del interventor, en virtud de una provisión de fondos hecha en favor del citado establecimiento, sin perjuicio de las consecuencias que respecto de la empresa esos órganos hayan producido, con mayor motivo tratándose de un contrato abstracto de cambio.

Considerando: Que esta tesis se ajusta a la doctrina contenida en la Sentencia de este Tribunal de 1 de abril de 1931, en la que se dijo que el nombre comercial es o puede ser, conforme al artículo 34 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, los apellidos de los comerciantes que posean el correspondiente establecimiento y hasta denominaciones de fantasía, encaminadas a revelar en algunos casos la materia o clase de tráfico a que viva especialmente consagrada la sociedad que sea dueña del mismo o que accidentalmente haya de regirlo en sus relaciones con el público.

E. I. M.

CUESTION DE COMPETENCIA: *Aplicación de las normas del artículo 63 de la LEC en materia de competencia preferente para el caso de reclamación de alimentos provisionales por separación conyugal.* (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1971.)

Supuestos de hecho.—Los Juzgados que plantean la cuestión de competencia para resolver preferentemente el asunto planteado ante ellos son los de Melilla y Palma de Mallorca. Doña E. C. F., por escrito dirigido al Juzgado de Melilla, presenta demanda por alimentos provisionales contra su esposo, don I. P. C., quien, mediante escrito dirigido al Juzgado de Palma de Mallorca, plantea la cuestión de competencia por inhibitoria, haciendo protesta de no haber utilizado la declinatoria y considerando que el demandado tiene el domicilio en Palma de Mallorca, siendo éste el lugar de competencia, conforme al artículo 63 de la LEC.

El Juzgado de Palma de Mallorca, previo informe del Fiscal, se declara competente y requiere de inhibición al de Melilla. La actora contesta a las alegaciones del demandado, exponiendo que la demanda que ella presenta en Melilla es incidental y una consecuencia de las diligencias sobre separación matrimonial promovidas ante el mismo Juzgado, lo cual provoca la competencia del mismo para seguir conociendo del asunto. Ambos Juzgados insisten en sus competencias y ello obliga a la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo, que el día 20 de marzo de 1971 resuelve el problema dando por competente al Juzgado de Melilla.

Razones jurídicas.—Parte el Tribunal Supremo de la aclaración del artículo 63 de la LEC, diciendo que si bien todas las cuestiones que se susciten sobre alimentos provisionales, cuando éstos se pidan incidentalmente en los casos de depósitos de personas o en juicio de dicha naturaleza, es competente el Juzgado del domicilio de la persona a quien se pidan, en el caso contemplado la pretensión del demandante deriva de unas diligencias sobre separación provisional promovidas anteriormente ante el propio Juzgado requerido y que dieron lugar a la satisfacción por el demandado de la pensión, que luego dejó de satisfacer. Lo cual evidencia que la reclamación actual es incidental y accesoria de aquella otra, correspondiendo al mismo Tribunal que entendió de la primera.

Doctrina legal.—La regla 21 del artículo 63 de la LEC declara preferente el Juzgado del domicilio del demandado, pero esta regla no puede ser de aplicación en aquellos casos en los que iniciado un procedimiento de separación conyugal y habiendo entendido del mismo un Juzgado, luego incidentalmente se pida ante el mismo el cumplimiento de una obligación de alimentos dejada de satisfacer. Eso y el reconocimiento del demandado habiendo satisfecho anteriormente parte de esos alimentos son base suficiente para otorgar competencia al Juzgado del domicilio de la demandante.

CUESTION DE COMPETENCIA: Precisión de las normas del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la preferente competencia para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de acciones personales. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1971.)

Supuestos de hecho.—La Sociedad Anónima «K. I.», domiciliada en Barcelona, entabla demanda ejecutiva contra don J. M. G., con domicilio en Castellón de la Plana, apoyándose en que el demandado había firmado dos letras de cambio que fueron aceptadas y que vencidas no se pagaron. Levantado el oportuno protesto no se puso en el mismo tacha de falsedad. La demanda ejecutiva se presenta ante el Juzgado número 12 de los de Barcelona.

La parte demandada interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana cuestión de competencia por inhibitoria previa protesta de no haber utilizado la declinatoria, basándose fundamentalmente en que las letras están firmadas en Castellón. El Juzgado de Primera Instancia de Castellón dictó auto por el que estimó la inhibitoria propuesta y ofició al de Barcelona. Por su parte, el Juzgado de Barcelona, ante la oposición de la parte actora y el informe del Ministerio Fiscal, dicta auto en el que acuerda no haber lugar al requerimiento de inhibición y remitiendo testimonio al de Castellón, interesándole conteste para continuar actuando o remitir los autos al Tribunal Supremo para la decisión de la competencia.

Previo emplazamiento de las partes, ambos Juzgados remiten los autos al Tribunal Supremo, quien, en base de las razones jurídicas que se dirán, sentencia favorablemente al Juzgado de Castellón.

Razones jurídicas.—Reiteradamente, la solución que el Tribunal Supremo da al caso viene repitiéndose en las Sentencias de 9 de julio de 1947 y 26 de octubre de 1945, que aclaran la preferente competencia del artículo 62 de la LEC cuando se trata de pleitos en los que se ejercita una acción personal y fuera de los casos de expresa sumisión de las partes a un determinado Juzgado. Fuera de esos casos es competente el Juez

del lugar donde la obligación deba cumplirse, y que en el presente caso era el del pago de las letras de cambio y residencia del aceptante, pues en dichas letras no figuraba otro distinto, que pudo señalarse, conforme al artículo 478 del Código de Comercio.

Como en los escritos iniciales dejó de justificarse la posible sumisión del demandado a otro Juzgado distinto del cumplimiento de la obligación—aunque después de entablada la cuestión de competencia se presentó un documento privado—, es procedente declarar la competencia preferente al de Castellón, pues para resolver las cuestiones de competencia es norma exigida y recordada por la Sentencia de 24 de junio de 1957 que se han de tener en cuenta únicamente las alegaciones expuestas por las partes en el inicial escrito de demanda, por un lado, y en el de competencia, por el otro.

Doctrina legal.—La norma legal contenida en el artículo 62 de la LEC no ofrecía la menor duda en el caso presente, ya que claramente otorga la competencia preferente en el caso de obligaciones personales al Juzgado donde deba cumplirse la obligación, salvo aquellos casos en los que se somete expresa o tácitamente a otro Juzgado.

Realmente es la misma solución que la que el Derecho Internacional da para la competencia de la Ley que debe ser aplicada al campo de las obligaciones, donde a falta de pacto expreso en contra—basado en el principio de autonomía de la voluntad—se aplica, en general, la Ley del lugar de ejecución del contrato, por ser el cumplimiento lo más importante en éste, es decir, la *lex loci executionis*. En último extremo, siempre se aplicará la Ley del domicilio del deudor.

CUESTION DE COMPETENCIA: Interpretación de las normas del artículo 62 de la LEC en relación con la preferente competencia para conocer acciones personales derivadas de negocios comerciales. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1971.)

Supuestos de hecho.—En juicio de menor cuantía, de carácter declarativo, se suscita la competencia entre los de Bilbao y Zaragoza. Don A. LL. B. formula ante el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza demanda en juicio declarativo contra la persona que resultare ser propietaria de T. N., domiciliada en Bilbao, en reclamación de una cantidad por importe de géneros vendidos cuyo pago no fue satisfecho a pesar de los giros de cambiales, limitándose a satisfacer una de ellas y enviar cierta cantidad por cuenta corriente. Formulado el correspondiente exhorto para el Juzgado de Bilbao, el demandado, don A. G. S.—que resultó ser propietario de T. N.—, propuso cuestión de competencia inhibitoria, alegando que la entrega de las mercancías se hizo en Bilbao y que el transporte desde Zaragoza se efectuó en camiones de propiedad del demandante.

El Juzgado de Bilbao, previo informe del Fiscal, acuerda requerir de inhibición al de Zaragoza, en base de que la entrega se hizo en Bilbao, las mercancías se transportaron a riesgo y por cuenta del vendedor y tratarse de una acción personal. Por auto de 16 de diciembre de 1969, el Juzgado de Zaragoza deniega la inhibitoria, fundado en que la parte del precio pagada se verificó en Zaragoza y este lugar es competente conforme reiterada jurisprudencia. Habiendo insistido el Juzgado de Bilbao en la inhibitoria, se da traslado de las actuaciones al Tribunal Supremo, quien decide la cuestión a favor del Juzgado de Zaragoza.

Razones jurídicas.—Las razones jurídicas en que se apoya la doctrina del Tribunal Supremo son claras, a los efectos de determinar la competencia del Juzgado. Se parte del hecho concreto de que el pago de las mercancías suministradas había sido satisfecho en parte, quedando pendiente el resto, que da lugar a la demanda. Se prueba que la parte del precio pagada se hace en Zaragoza, reconociendo así con esta remisión parcial del precio al domicilio del vendedor, que en el mismo debía cumplirse la obligación.

La doctrina no es nueva, ya que se invoca por el Tribunal Supremo las de 3 de septiembre de 1910; 29 de septiembre de 1934; 9 de octubre de 1944; 22, 1 y 3, 9 y 2 de octubre de 1946, y 12 de julio de 1964.

Doctrina legal.—El asunto, que viene a requerir una interpretación de la norma del artículo 62 de la LEC, se genera por un contrato negocial en el que se ha satisfecho parte del precio, y habiéndose éste entregado en el domicilio del vendedor, es evidente que con esta actitud se anticipa el reconocimiento del domicilio de éste como el del cumplimiento de la obligación y lugar determinante de la competencia jurisdiccional.

J. M. CH.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1972

I. ANTECEDENTES

1. El Ayuntamiento de S., previos los trámites preceptivos, expropió unos terrenos, afectados por el Proyecto de Reforma del Plan de Ensanche de A.

2. Una vez consumada la expropiación y adquiridos los terrenos por el Ayuntamiento, no los destinó a la finalidad prevista en el Plan que motivó la expropiación.

3. El Ayuntamiento de S., transcurridos unos años, aprobó un nuevo Plan parcial de Ordenación Urbana, correspondiente al Ensanche de A., Plan que se aprueba definitivamente el 21 de septiembre de 1965.

En este nuevo Plan se da a las zonas en que están situados los bienes expropiados un destino urbanístico distinto al que se dio en aquel Plan que motivó la expropiación.

Y este cambio de destino urbanístico a través de un nuevo Plan de Ordenación—al cabo de varios años—supone afectar los bienes a un fin distinto del que motivó la «expropiación». Así se alegó por los expropiados, por lo que procedía la reversión, en aplicación del artículo 54 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa, a que remite el artículo 85 de la Ley del Suelo.

4. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por los propietarios que pretenden la reversión, la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia el 16 de octubre de 1970, desestimando el recurso.

5. Contra la sentencia de la Audiencia se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por sentencia de 24 de enero de 1972.

II. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia de la Sala 4.ª, de 24 de enero de 1972, dictó sentencia estimando el recurso y declarando la procedencia de la reversión. El sexto considerando de la sentencia contiene la siguiente doctrina:

«Que respecto al tercer punto de apoyo en que la sentencia ancla la irreversibilidad, o sea, en cuanto a la interpretación del artículo 90, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo, aceptando la inexistencia de reversión en las expropiaciones urbanísticas, ella parte del planteamiento, ya formulado por el Ayuntamiento en la resolución administrativa recurrida, de que como la Ley del Suelo es de aplicación preferente en las expropiaciones

urbanísticas, y dicha Ley no establece el derecho de reversión de un modo genérico, sólo procede en relación con temas de tal clase en los concretos supuestos que tan específica Ley hace referencia y no en los generales que la Ley de Expropiación Forzosa trata, convirtiendo así la institución general de la reversión en materia de expropiación forzosa, que no es sino consecuencia lógica de la razón jurídica por la cual la expropiación se da como posibilidad constitutiva, en una excepción para las expropiación urbanísticas, cuya teoría, a través de la concreta contemplación del artículo 90, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo, vendrán a destruir o, al menos, enervar gravemente el artículo 54 y concordantes de la Ley del Suelo, que plasman y desarrollan una concepción institucional consagrada normativamente en nuestra legislación y en la doctrina general, con arreglo a las cuales parece claro el contenido del artículo 85 de la Ley del Suelo, en el que se preceptúa que «las expropiaciones que se lleven a cabo por razón de urbanismo y las que en cualquier caso realicen las entidades locales se ajustarán.. a la Ley de Régimen Local y demás aplicables y, en consecuencia, al contenido de la presente» (la del Suelo), de modo que el artículo 54 de la Ley y el Reglamento de Expropiación Forzosa, siempre que no exista una disposición especial contraria, que, en realidad, no se halla, y buena prueba de ello son las distintas sentencias del Tribunal Supremo que se refieren y aceptan positivamente las reversiones en materias urbanísticas, como las de 5 de julio de 1965, 2 de junio de 1966, 24 de diciembre de 1966, entre otras, lo que aparece desvirtuado por el número 2.º del artículo 90 de la Ley del Suelo, y así lo acepta y expone la Asesoría Jurídica Municipal en sus tres informes distintos (a lo largo de dos años), y así lo acepta, acertadamente, en cuanto el mencionado precepto sólo viene a regular un supuesto concretísimo, referido al Capítulo «valoraciones» (Capítulo IV del Título II) y que sólo contempla el problema de la valoración en el momento de las reversiones, materia que no es de este momento decidir, ni se pide, para evitar especulaciones, pero de ningún modo puede ampliarse la interpretación hasta el punto de que tal artículo excluya en este caso la reversión genérica que la Ley del Suelo garantiza para los casos de distinta aplicación de la utilidad pública que aquella para la que se estableció, definió y aplicó, la expropiación forzosa y los poderosos motivos que justifican su existencia, de modo que el artículo 90, párrafo 2.º de la Ley no es condición de la reversión a que se expropiara por el valor inicial (valor que, además, se creó por la Ley del Suelo y que no existía antes), sino que, sencillamente, la readquisición depende de la desafectación, de la desaparición del motivo causal de la expropiación por causas de una utilidad pública tan concretamente plasmada cuando después incumplida; de modo que ese problema de la readquisición y de la valoración en otro es distinto del que realmente se plantea en este caso concreto, solamente referido a un estricto epíquerema; el derecho a la reversión procede cuando no se cumple el fin o destino de la expropiación; el fin o destino de la expropiación se cambió fundamentalmente, luego procede la reversión; y así el artículo 90 del párrafo 2.º de la Ley del Suelo no viene a vetar la reversión y sí sólo a garantizar el supuesto de que, caso de proceder la reversión (según su formulación general), el precio de readquisición, la fórmula económica de recuperación, no supere al de la expropiación en el caso de que fuere éste el inicial».

III. CRÍTICA

1. *El derecho de reversión y las expropiaciones urbanísticas.*

El instituto de la reversión se configura como un derecho real administrativo de adquisición a favor del expropiado, que le permitirá recuperar la cosa expropiada.

¿Cuándo? Según el régimen general:

- «En el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio.»
- O cuando desaparezca la afectación de los bienes o derechos, o las obras o servicios que motivaron la expropiación.

Así, el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 63 de su Reglamento.

Ya esta enunciación general del régimen jurídico de la reversión revela hasta qué punto será limitado su ámbito de aplicación en materia urbanística. Para demostrarlo bastará recordar algo tan elemental como es un plan de urbanismo.

¿Qué es un plan de urbanismo? Plan que ordena urbanísticamente un terreno. Es el instrumento para transformar suelo rústico en urbano. Legítima la obra *urbanizadora*.

Por tanto, la obra para la que se expropia un terreno ordenado es la obra de *urbanización*, regulada en los artículos 131 y siguientes de la Ley del Suelo. Luego, aplicando principios generales, la reversión procederá cuando no se destinan a esa obra: *urbanización*.

Si un terreno rústico se expropia para su urbanización y transformación en suelo urbano, se ejecutará la obra que motivó la expropiación *cuando se urbaniza*. Es decir: sólo procedería la reversión si no se urbanizara. Así, cuando, por ejemplo, se deroga un plan por entender que debía seguir siendo rústico.

Pero si se expropia para ser urbanizado, ¿podría entenderse que no se ejecuta la obra cada vez que se modifica el Plan?

Se expropió para un plan que preveía una ordenación. Esto supone que si no se urbaniza según esa ordenación concreta, hay reversión. Por tanto, siempre que se modifique un plan existirá una ordenación distinta y procederá la reversión.

Esto supondría el caos. En todos los municipios de España se producirían reversiones continuas.

El fin del plan es la urbanización. Lo otro—que el terreno tenga un destino determinado—es accidental.

Una vez expropiado, las modificaciones del plan no afectan. Pues en el nuevo plan, el destino, la obra a realizar es la misma: *urbanizar*.

De aquí que no sea compatible la regulación general del instituto de la reversión con las expropiaciones urbanísticas. Y, por ello, la legislación urbanística establece un régimen especial y privativo de la reversión.

2. *El principio de la Ley especial*

Las expropiaciones urbanísticas tienen un régimen especial, diferenciado del general. El artículo 102 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa dispone: «Las expropiaciones que se realicen por razón de urbanismo se ajustarán a lo dispuesto en la Ley de Régimen del Suelo y disposiciones vigentes o que puedan dictarse en lo sucesivo sobre dicha materia.»

Es cierto que la Ley de Expropiación Forzosa, como Ley general, regirá como supletoria en las expropiaciones urbanísticas. Lo que únicamente será aplicable a estas expropiaciones cuando exista norma en la regulación específica.

Principios hermenéuticos tan elementales como Ley especial deroga la Ley general, conducen a esta no menos elemental conclusión, reconocida únicamente por la doctrina y la jurisprudencia: que en las expropiaciones urbanísticas sólo puede aplicarse la legislación general expropiatoria en aquellos aspectos en que no exista norma especial.

Y como en materia de reversión existe regulación específica en la Ley del Suelo, es obvio que no podrá aplicarse el régimen general. Por tanto, en las expropiaciones urbanísticas únicamente procederá la reversión en los supuestos taxativamente regulados en la Ley del Suelo y no en otros. Estos supuestos son los que contemplan los artículos 151, 123 y 90 de dicha Ley. Fuera de los mismos no cabe reversión.

3. La doctrina

Las consideraciones expuestas han tenido fiel reflejo en la doctrina. Una de las obras más caracterizadas sobre el tema es la de PERA VERDAGUER, titulada *Expropiación forzosa en la Ley del Suelo* (Barcelona, 1966). Pues bien, este autor, en la página 248, no duda en afirmar: «Dada la índole de esta obra, el examen de los supuestos en que es factible el ejercicio del derecho de reversión quedan circunscritos a los previstos en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, prescindiendo, en consecuencia, de los admitidos en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.»

Y a continuación enumera los supuestos concretos de reversión.

Otra obra específica sobre el tema de las expropiaciones urbanísticas es la de MARTÍN GAMERO, *Expropiaciones urbanísticas* (Editorial Montecorvo), 1967, páginas 261 y siguientes, en la que se dice: «De la regulación legal del mismo en los artículos 54 y 55 de la Ley y 63 a 70 de su Reglamento, hacen que surjan de inmediato las consideraciones acerca de sus posibilidades de aplicación en las expropiaciones urbanísticas, dadas las causas de éstas y sus notorias diferencias con las expropiaciones tradicionales para obras públicas concretas y determinadas, hasta el extremo de que las primeras no tendrían posibilidad de existir —o al menos de poder cumplir su función— si no se admitiera un tratamiento especial de este derecho de los administrados cuando se actúa a través de ellas. Lo cual no supone un desconocimiento del mismo, sino una adaptación en su ejercicio atemperada la naturaleza del supuesto y el juego de los intereses que llevan implícitos.»

Y respecto del problema concreto de las parcelas sobrantes, frente a lo afirmado por este autor, está la tesis concluyente de CARRETERO, que, en sus *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa* (Editorial Montecorvo, pág. 259), hace la siguiente rotunda y concluyente afirmación: «En las expropiaciones urbanísticas no existe el derecho de reversión.»

4. La jurisprudencia

a) *La jurisprudencia citada en la sentencia comentada* (Sentencia de 5 de julio de 1965).—De la lectura del resumen de antecedentes que figura en el *Aranzadi* se deduce que no se examina el problema de si en tal expropiación urbanística es aplicable el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y sus concordantes; no existe expropiación, sino una cesión gratuita de terrenos para un fin urbanístico, y la revocación o cesación de efectos de tal donación por incumplimiento del fin de la misma, problema estrictamente de Derecho civil y que, por tanto, no puede relacionarse con el contemplado en el caso presente, salvo que se admita, con el Ayuntamiento, que los terrenos fueron adquiridos por

éste en contrato civil y no en expediente expropiatorio (pero en el caso presente no se pactó reversión).

Y exactamente lo mismo ocurre en la Sentencia de 2 de junio de 1966, en la que no se trataba tampoco del ejercicio del derecho de reversión plasmado en el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y sus concordantes, sino un derecho de retrocesión pactado, y, por tanto, no puede dicha Sentencia invocarse como habiendo reconocido que el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa es aplicable a las expropiaciones urbanísticas. Se trata de una reversión pactada en un contrato no expropiatorio.

Resulta, pues, que la única Sentencia que efectivamente trata de una expropiación forzosa urbanística es la de 24 de diciembre de 1966, que puede verse al número marginal 598 del Repertorio Aranzadi de 1967.

Pero la lectura de dicha sentencia dista mucho de concluir en favor de la tesis de la sentencia ahora comentada. Basta ver que de ella se deduce que el Tribunal Supremo decretó no haber lugar a la reversión pretendida.

b) *La doctrina jurisprudencial sobre reversión en las expropiaciones urbanísticas.*—¿El Tribunal Supremo no ha dictado sentencias que interpreten el artículo 85 de la Ley de Expropiación Forzosa desde entonces?

No es, por supuesto, éste el caso. El Tribunal Supremo las ha dictado. Ha dictado una Sentencia del 29 de octubre de 1968 (Repertorio Aranzadi núm. 4.586) en la que dice que, según tal artículo, la Ley del Suelo es de aplicación preferente a la Ley de Expropiación Forzosa; y ha dictado otra Sentencia (de 10 de febrero de 1969, Repertorio Aranzadi núm. 641) que es decisiva.

En esta sentencia se aborda de un modo directo el problema de la reversión, y la conclusión a que llega es concluyente. Y afirma rotundamente que *no es aplicable el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, que únicamente cabe la reversión en los supuestos enumerados en la Ley del Suelo.*

Esta Sentencia de 10 de febrero de 1969 (Aranzadi, núm. 641) no sólo interpreta los artículos 85 de la Ley de Expropiación Forzosa y 102 del Reglamento en la forma en sentido contrario a la reversión, sino que lo hace, además, con referencia concreta al derecho de reversión, diciendo que éste no se rige por el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y concordantes de esta Ley y de su Reglamento, sino por la Ley del Suelo, y que, por tanto, sólo cabe en los supuestos concretos de los artículos 90, 2, 123 y 151 de la Ley del Suelo, y no en ningún otro. Y aún hace más: ofrece una orientación interpretativa de estos últimos preceptos, de lo que se deduce que en ninguno de ellos cabe el supuesto de hecho contemplado en el presente caso, y, por tanto, que en éste no procede la reversión.

5. Conclusión

La sentencia que comentamos, en su laudable propósito de aumentar al máximo las garantías de los expropiados, sienta una doctrina peligrosa, que planteará graves problemas a las entidades urbanísticas.

J. G. P.

LIBROS

BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO RODRIGO: *La cláusula de reserva de dominio*. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles. Editorial Moneda y Crédito, año 1971; 170 págs.

El planteamiento de esta obra obedece, como muy bien dice su autor, a los imperativos que en la actual sociedad de consumo impone el tráfico de bienes muebles duraderos, todo ello unido, asimismo, a la atención que para el Derecho tiene hoy día la consideración de ciertas cosas muebles, que han pasado a ser de gran valor, utilidad e importancia, en contra del sentido despectivo que a las mismas se les daba en la Edad Media.

Ciertamente, no cabe la menor duda que el Derecho no puede cruzarse de brazos ante este hecho social, sino que, dado que el Derecho es y se justifica en cuanto venga a servir a las relaciones humanas, el panorama legislativo en el Derecho comparado arroja un saldo favorable a la existencia de legislación sobre este punto, aunque, según épocas y momentos, el fiel de la balanza se inclina en la protección del comprador, del vendedor o, en definitiva, de la economía nacional por el favorecimiento de las mismas y la intervención administrativa que vendrán a sanear la política económica de las grandes empresas.

La Ley de Ventas a Plazos de 17 de julio de 1965 enfoca el problema de la garantía del pago del precio aplazado sobre dos instituciones ya viejas en el campo del Derecho: de un lado, la conocida cláusula de reserva de dominio, que es de estipulación voluntaria en las normas que da la Ley, y que afecta a la transmisión de la propiedad, sometiéndola a la condición suspensiva del pago total del precio aplazado. Y de otro, la prohibición de disponer que tiene carácter obligatorio en dichos contratos, y por la que se prohíbe al comprador disponer de la cosa hasta el total pago.

BERCOVITZ, en la presente obra, pretende defender la tesis de que la cláusula de reserva de dominio debe en nuestro Derecho ser equiparada a la constitución de un Derecho que prenda sobre la cosa vendida en estas compraventas a plazos. Entiende que con ello se obviarían los problemas que la misma plantea, dándose con más claridad el carácter bilateral de estos contratos, pues entiende que en los mismos se impone la voluntad del vendedor. Con este fin, recoge en su obra el estudio de la doctrina germánica, para, tras su análisis, llegar a la conclusión que anteriormente hemos expuesto.

En la dogmática alemana, la posición de FLUME arranca de la aplicación a estas ventas de los parágrafos 160 y 161, que entroncan en el juego de la condición, y aun cuando pueda atacarse su argumento con que en la realidad el comprador adquiere de inmediato la posesión de la cosa vendida, lo evita el autor alemán mediante la conocida distinción de posesión inmediata en concepto distinto del de dueño y el de posesión mediata en concepto de dueño.

Otro grupo doctrinal defiende la teoría de que el comprador sometido a reserva de dominio es titular de un derecho de expectativa. Esta posición, defendida por SERICK, tiene no pocos inconvenientes, siendo el más insoslayable su artificiosidad al considerar que el comprador tiene una expectativa de derecho de propiedad, siendo en definitiva el penúltimo peldaño para llegar a la propiedad. También puede alegarse contra esta construcción que hoy día la dogmática es mucho más práctica y menos amiga de hipótesis fantásticas o de interpretaciones *ad libitum* de los juristas. Consecuencia de esta teoría es que, ante cualquier conflicto que pueda plantearse, siempre se resolverá a favor de la propiedad, ya que en definitiva esta expectativa será un derecho personal con notas juridicorreales.

RAISER, no obstante, aunque admite la teoría del Derecho de expectativa, avanza en la misma, ya que configura esta expectativa como un verdadero Derecho real, y aunque en el Derecho alemán rige el criterio de *numerus clausus*, entiende que lo que se pretende es sustraer a la autonomía privada la creación de nuevos derechos reales, y no el que se pueda creer y admitir nuevas categorías de Derechos reales, por creación jurisprudencial o doctrinal. El segundo obstáculo para la configuración de derecho real, cual es el en Derecho germánico el principio de independencia del Derecho real en relación con los negocios jurídicos obligacionales causales, lo orilla con la mención del Derecho de prenda, que siendo evidentemente Derecho real, su suerte depende de la relación obligacional, porque esta dependencia no le priva de naturaleza real mientras no afecta a su eficacia frente a terceros.

Entonces, ¿cómo cristaliza esta expectativa que tiene naturaleza real en el supuesto de estas ventas? RAISER dice que hay una copropiedad concretada en la dimensión temporal de ese derecho real que es la expectativa y que se prolonga durante todo el período del pago del precio, y cuya consecuencia es que atribuye al comprador la posesión en concepto de dueño y niega la posesión del vendedor. Y dice que el hecho de que el comprador no sea propietario no le impide poseer *como si* fuese propietario de la cosa.

La crítica que se pueda hacer a esta teoría es la de estar toda montada sobre un razonamiento apriorístico cual es atribuir a la expectativa del comprador una naturaleza real, y sobre esta base ir solucionando los problemas que puedan plantearse.

Otro tercer grupo de autores en Alemania se inclina a la asimilación de la reserva de dominio a un derecho de prenda *sui generis* (BLOMEYER, WIEACKER MAYER), posición que BERCOVITZ considera como más coherente y que da lugar a que defienda esta tesis, mostrándola como más aceptable en el Derecho español.

BLOMEYER parte de una interpretación *a sensu contrario* de los párrafos 158 y 159 sobre el negocio condicional, interpretando que no es que se difiera la eficacia al cumplimiento, sino sólo su posibilidad de hacerlos valer. Con ello consigue que pierda su razón de ser propiedad y expectativa, porque tanto se cumpla o no la condición, el comprador habrá adquirido *ab initio*, y la consolidación o no de esta propiedad sólo dependerá de que en su momento se haya o no cumplido la condición. Entonces entiende que la construcción más idónea para garantizar los derechos del vendedor es el derecho de prenda que se desdobra no sólo sobre la cosa vendida, sino también sobre su precio; definiendo la reserva de dominio como un derecho de prenda comisoria sin posesión que se constituye en garantía de un crédito pecuniario que grava la propiedad del deudor.

La crítica de esta teoría es lógica y aceptable: La prenda la constituye el propietario a favor del acreedor y la reserva de dominio la establece el propio acreedor en su propia garantía. La prenda implica desposesión y posesión por titular o tercero, si bien el criterio de la desposesión hoy día no es esencial; pero es que en la reserva de dominio no hay desposesión de ningún tipo, sino reserva de dominio. Todavía podría decirse que la prenda lleva consigo como medio de su realización el *Jus distrahendi* y la reserva de dominio nunca.

Lo único que ha conseguido BLOMEYER es destacar que en la posesión del comprador debe hacer algo más que una mera expectativa, aunque para ello tiene que recurrir a la interpretación personal de los párrafos 160 y 161 del B. G. B., desplazando el centro de gravedad de la condición suspensiva a la resolutoria, en contra del párrafo 455, que sanciona expresamente que si el vendedor de una cosa mueble se ha reservado la propiedad hasta el pago del precio de compra, en la duda ha de entenderse que la transmisión de la propiedad se realiza bajo la condición suspensiva de pago total del precio, y que el vendedor está autorizado a la resolución del contrato si el comprador incurre en mora en el pago.

BERCOVITZ se adhiere y elogia la construcción de BLOMEYER de la asimilación al derecho de prenda, por cuanto ambas figuras tratan de garantizar un crédito y recaer sobre objetos muebles, admitiendo como correcta la tesis del autor alemán de que tecnicójurídicamente es correcto el planteamiento de la prenda como transmisión condicional de la propiedad a favor del comprador que se constituye en deudor prendario con pequeñas matizaciones, y argumentando que las objeciones que se puedan hacer a la teoría alemana no son aplicables en el Derecho español analizando los supuestos para probar su afirmación.

El primer punto es la reserva de dominio y la posesión de la cosa vendida, ya que la prenda exige entrega de la cosa, o cuanto menos el establecimiento de una coposesión especial entre acreedor y deudor sobre la cosa establecida en el párrafo 1.026. Ello coloca la prenda en el último lugar de desenvolvimiento de derechos de garantías, ya que, al analizar su evolución: 1.º, transmisión propiedad; 2.º, transmisión posesión; 3.º, no transmisión, sino afección por publicidad, vemos que, así como los derechos reales de garantía sobre bienes inmuebles se acogen al sistema de publicidad tabular, los muebles no están protegidos por ella, sino que la publicidad de esta garantía radica únicamente en el desplazamiento posesorio. Opina BERCOVITZ que quedar anclados al sistema de la reserva de dominio clásica o de la cesión en garantía conduce a rechazar el progreso histórico de las garantías reales y quedar aprisionado en la primera fase de las mismas, ya que admitir la teoría de la asimilación al derecho de prenda sería evolucionar, quedando en el segundo momento de la evolución histórica, pudiendo darse todavía un paso más hacia su perfectibilidad mediante la mención del derecho en un registro de gravámenes, cosa que, si bien no se prevé en el Derecho alemán, sí que ocurre en el artículo 1.524 del Código italiano de 1942 y también en el Derecho español, en las leyes de H. M. y P. S. D. y Ventas a Plazos (art. 23).

Aun cuando efectivamente la conclusión que saca de que en el Derecho español, por argumentos de sobra conocidos, el desplazamiento posesorio no es necesario para la existencia de un derecho de prenda, personalmente opino que es bastante más que dudoso el admitir que la reserva de dominio sea en nuestro ordenamiento o deba asimilarse en nuestro ordenamiento, como pretende BERCOVITZ, a un derecho de prenda. Porque, si bien es correcto que se exija y se dé una publicidad

registral a la reserva para su eficacia frente a terceros, no hay que olvidar que la reserva de dominio cumple su finalidad, primero, interpartes, y por la tercería de dominio, si el objeto ha salido del ámbito de la relación originaria. Para admitir que sea un derecho de prenda que es un derecho real, habría que admitir, pienso yo, que la reserva de dominio es un derecho real, y sabido es que en nuestra patria la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, admiten que la reserva de dominio no es un derecho real, sino más bien un derecho de garantía no incluíble en la categoría de los reales, pues lo que persigue es someter la tradición a condición suspensiva independientemente del carácter que haya que darle a la posesión de la cosa detentada por el comprador hasta el total pago del precio.

Tampoco entro a discutir si es o no inícuo la consecuencia de admitir en nuestra jurisprudencia el pacto de reserva de dominio y de que se resuelvan ordinariamente los litigios a favor del vendedor. Tampoco diría que la doctrina del pacto de la reserva de dominio «contenga formalmente una infracción de la legalidad, ya que se trata de un fraude legal acuñado por la costumbre», sino que así como recoge BERCOVITZ es válido el argumento de HECK al descansar la fuerza de los hechos en la necesidad de la sociedad, y todavía añadiría personalmente, de las relaciones contractuales. Qué la solución no es alentadora, que disminuye la seguridad y fluidez del tráfico, es cosa evidente y que comparto totalmente con el autor. Que, efectivamente, imponer al tercero un deber de diligencia extraordinaria, cerciorándose de la disponibilidad absoluta por el vendedor para evitar la sorpresa de la eficacia de una reserva en contra del principio de apariencia y buena fe, también lo comparto como excesivo, y también que a partir de la Ley de 1965 la eficacia frente a terceros de esta reserva venga condicionada a su constatación registral. Ahora bien: lo que no comparto, como anteriormente he dicho, es la asimilación al derecho de prenda.

El segundo punto abordado para defender la tesis comprende, según BERCOVITZ, la refutación a la crítica que se hizo de la teoría de BLOMEYER respecto a la reserva de dominio y la clase de condición a la que somete la tradición. Crítica dura la que se hace al autor alemán, ya que tiene frente al parágrafo 455 del B. G. B. No obstante, no existe en el Código español precepto correlativo al del alemán, con lo que para el autor de la obra que enjuiciamos basta justificar que, si bien el precepto alemán está en dicho cuerpo legal, no es menos cierto que los orígenes del mismo son contradictorios y que el precepto vino a zanjar por el principio de autoridad de la Ley un punto discutido tanto en la primera como en la segunda comisión de proyectos para el B. G. B.

En el Derecho español, aun cuando no hay precepto correlativo, se llega a iguales soluciones a través de la monografía ya clásica de CANDIL, influida por la dogmática germánica y por la recepción de la jurisprudencia y doctrina alemanas en el trabajo de OERTMAN en la R. D. P., estando el argumento central en que, aun cuando la compraventa obliga a transmitir la propiedad de la cosa, nada obsta a que la perfecta generación venga condicionada en su consumación al pago del precio.

De que la cláusula de reserva de dominio está recogida sólo en interés del vendedor y no del recíproco, al igual que en el Derecho alemán, y que en éste la decisión del criterio se tomó por vía de autoridad, así como el que en otras legislaciones se hace referencia a la reserva de dominio como derecho real de garantía asimilable a la prenda, concluye BERCOVITZ que, si bien cabe el condicionamiento de la tradición, puede también colegirse que cabe que opere no suspensiva, sino resolutoriamente con el fin de defender su tesis.

El tercer punto de defensa abordado en pro de su tesis es la reserva

de dominio y la prohibición de pacto comisorio que el parágrafo 1.229 prohíbe y considera nulo. Correlativamente, en Derecho español, en los artículos 1.859 y 1.884, lo sanciona asimismo. Ello comporta, según BERCOVITZ, que, de mantenerse la reserva de dominio, ¿cómo va a ejercitar el embargo para asegurar el pago del precio el ejecutante sobre una cosa propia? Si la asimilásemos a un derecho de prenda, sería más lógico, ya que el *Jus distrahendi* es cosa natural, pues se ejercitaría sobre cosa propia del comprador, pues se le habría transmitido la propiedad bajo condición resolutoria. En Alemania se permite este embargo, ya que se admite la existencia de una renuncia tácita de la propiedad que conserva por la reserva de dominio el vendedor a favor del comprador en el momento de ejercitar el embargo; no obstante, como puede verse, esta posición y solución son demasiado artificiosas.

Como último argumento alega que dicha asimilación puede deducirse de los primeros párrafos del artículo 19 de la Ley de 1965, ya que los efectos especiales que se prevén a la reserva de dominio son los del derecho de prenda, y que, a su vez, con pequeñas variaciones, son el contenido del artículo 10 de la Ley de H. M. y P. S. D., y pues el acreedor, para el cobro de los créditos nacidos de los contratos inscritos en el registro a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Ventas a Plazos, goza de las preferencias establecidas en los artículos 1.922, 2.º, y 1.926, 1.º, del Código Civil. Si tenemos en cuenta que en dicho registro especial sólo cabe reserva de dominio si pactasen y prohibiciones de disponer, y que a estas mismas habría que considerar comprendidas en los beneficios que ofrece el artículo 19, si a estos supuestos el legislador los protege con los derechos de los citados artículos que hacen referencia a la prenda, es indudable que hay asimilación, pues cualquier otro tipo de garantía real sobre la cosa, si bien puede libremente pactarse, no está sometida a régimen de este registro especial, sino a otros registros, como se deduce de la Ordenanza para el Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 8 de julio de 1966 en su disposición transitoria tercera.

Pese a lo incontestable del argumento de BERCOVITZ, todavía puede invertirse, puesto que del hecho de que el legislador atribuya en el supuesto concreto de dicho artículo 19 un efecto de acreedor pignoraticio en cuanto a preferencias y prelación en la ejecución patrimonial universal, puede interpretarse que constituye un beneficio legal aislado que en nada puede afectar la configuración de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio como un derecho de prenda; además de que el artículo 1.922, párrafo segundo, expresamente contempla el supuesto de que la prenda se halle en poder del acreedor pignoraticio, o sea en poder de la persona que vendió el bien mueble, y según la construcción que acepta BERCOVITZ, la cosa, en el supuesto de venta, la posee o se halla en poder del deudor prendario, caso totalmente opuesto al contemplado en el artículo 1.922. Igual argumento se puede emplear respecto al 1.926, 1.º, puesto que la palabra «dada en prenda» parece contemplar que la cosa está sustraída del ámbito del deudor prendario.

Analizados los puntos que el autor considera como cardinales para defender su tesis, se preocupa a continuación de contrastar las ventajas de la misma en la práctica y en casos concretos. Así entiende que en materia de transmisión de riesgos y adquisición de frutos, al mantener la configuración de la reserva de dominio, el principio de que las cosas perecen para su dueño, habría que entender que la cosa perece para el vendedor, ya que la *traditio* condicionada y excluida por acto de voluntad no había operado, y de admitir la doctrina de la prenda, es mucho más fácil justificar la pérdida, puesto que el comprador ya habrá adquirido, aunque bajo condición resolutoria. Semejante argumento aporta en materia de frutos, según los artículos 353 y 1.095 del Código

Civil para atribuir los frutos al comprador. Si se mantiene la reserva de dominio, habría que recurrir a la renuncia a los frutos hecha por el vendedor para poderlos atribuir al comprador. Sin embargo, este argumento no parece muy convincente, puesto que se puede neutralizar claramente dentro de nuestro sistema por la previsión que de ello hace el legislador en el artículo 1.120.

Otros aspectos importantes nacen respecto a la custodia, típica no sólo de este supuesto, sino de otras relaciones jurídicas y garantizada por una serie de beneficios a favor del acreedor que se plasman en unas normas de garantía, que si bien tiene su máximo exponente en la Ley Hipotecaria, también hacen suya la L. H. M. y P. S. D. Opina BERCOVITZ que no se puede admitir la aplicación estricta de dichas normas hipotecarias a la tesis por él preconizada, pues son excesivas; nos estamos refiriendo a la prohibición de disponer sin consentimiento y a la de trasladar la cosa de lugar, ya que dicha finalidad se cumple con que el acreedor sepa en todo caso y momento dónde se halla el objeto de garantía, bastando con imponer la carga de notificar al acreedor siempre que ello fuera posible, el traslado de lugar del bien mueble. Ello es con el fin de poder controlar el buen mantenimiento de la cosa para, en su día, si preciso fuera, hacer efectiva la garantía. Igual criterio se aplica a la enajenación en la que se recoge la prohibición de disponer sin el consentimiento del acreedor, lo cual, según el autor, lleva a inicuas consecuencias, ya que la Ley la prohíbe al comprador y la permite al vendedor. Este problema se podría solucionar permitiendo la venta al comprador, con detracción a favor del vendedor, de lo que falte por pagar todavía y teniendo el comprador la libre disposición del resto del valor, pues aunque en su día compró, al no poder hacer frente al pago de más plazos, debería poder enajenar la cosa a un tercero con subrogación en la relación de origen, lo cual haría que las tres personas que intervienen alcanzasen su objetivo, a saber: consumir la venta, recuperar la parte del precio pagado y adquirir el bien mueble, respectivamente.

Donde también apunta el autor que puede tener consecuencias óptimas la aplicación de la teoría de la asimilación al derecho de prenda es ante el problema de la indemnización por pérdida de la cosa, ya que en dicho supuesto se produce la adquisición de un montante que cubre el valor de la cosa y pagado de una vez. El problema se plantea sobre a quién hay que atribuirle la titularidad. Si se sigue la reserva de dominio será el vendedor quien percibiría la cantidad, no debiendo entregársela al comprador sino cuando satisfaga totalmente los plazos, ya que no estaríamos ante un supuesto de desaparición, sino en una sustitución de la misma, o más bien una transformación de real en dineraria. Como el centro de gravedad está en compaginar los intereses recíprocos de comprador y vendedor, entiende BERCOVITZ que no es satisfactorio el conferirle el precio a ambos, ni mucho menos al vendedor, ya que éste se beneficiaría al cobrar *in actu* lo que debía percibir aplazado, y el vendedor es privado de la parte aplazada, que, según el artículo 1.127, es un derecho que legalmente le pertenece. Por todo ello, dado lo insatisfactorio de las distintas posibilidades, se inclina por la atribución de la indemnización al comprador y garantía a favor del vendedor por la oportuna actuación de control del destino que pueda dar a la citada cantidad.

Como último interesante supuesto de aplicación recoge el de la situación concursal del vendedor, en la que si se sigue el sistema de reserva del dominio clásico, debería formar parte de la masa no solamente el bien vendido, sino las cantidades entregadas, con lo que el crédito del comprador se vería afectado inexcusablemente por la Ley del diviendo. No es preciso seguir el razonamiento, ya que puede colegirse cuál

es el resultado, caso también que se obviaría de seguir la tesis de la asimilación al derecho de prenda.

La última referencia que hace BERCOVITZ se refiere a la reserva de dominio respecto a los bienes inmuebles, y como consecuencia de la tesis que sustenta en toda la obra, cumple con el principio de consecuencia al atribuirle el carácter de asimilable a la hipoteca, aunque esta cláusula en la venta de dichos bienes carece de utilidad práctica, pues está superada por la mayor perfección y desenvolvimiento que ha alcanzado el derecho de hipoteca.

En resumen, podemos decir que se trata de una obra de tesis y, como todas las de este tipo, discutible, como se puede apreciar por lo original e interesante que es la tesis que sustenta: el asimilar la cláusula de reserva de dominio en la venta de bienes muebles a plazos a un derecho de prenda. Ello no obstante, ni empaña ni enturbia el indudable mérito que tiene, pues, aparte de recoger el entronque u origen de la doctrina en el Derecho alemán, logra plenamente el introducir al lector en el discurso de la obra en el dubio de aceptar o rechazar, sobre todo a la luz de la opinión dominante en nuestra patria, las conclusiones que el autor saca, llevándolo por caminos que sin duda marcan la dirección correcta a seguir en la elaboración de la figura jurídica que BERCOVITZ analiza, y desde luego no cabe la menor duda que lo consigue plenamente.

LUIS CASTELLS MARTÍNEZ

BROSETA PONT, MANUEL: *Estudios de derecho bursátil*. Editorial Tecnos. Madrid.

Bajo el título de *Estudios de derecho bursátil*, el profesor BROSETA PONT estudia dos interesantísimos temas de la vida jurídica mercantil: el del depósito y administración de valores y el de las operaciones bursátiles entre plazas.

En el primero de ellos, siguiendo su línea metodológica fiel a la concepción de HECK, de atenta observación de la realidad, constata la complejidad manual que lleva consigo el tráfico de títulos mobiliarios para postular una inmovilización física de la riqueza mobiliaria que no afecte a su movilidad jurídica.

Tras un examen de las soluciones adoptadas por el Derecho extranjero, aboga por la instauración de una sociedad positaria de los títulos valores que, recibiendo éstos directamente de los inversores o ahorradores, o indirectamente a través de los profesionales de la tenencia, administración y contratación mobiliaria (Bancos, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio, Sociedades de Inversión Mobiliaria), se obligue a restituir en cualquier momento títulos de la misma especie y calidad, aunque no necesariamente los mismos depositados, y a realizar por cuenta y en nombre del depositante las transferencias que se le ordenen utilizando la técnica contable a fin de poder determinar en cualquier instante el saldo de cada depositante, manteniendo la sociedad depositaria siempre en su cartera todos los títulos depositados por sus clientes, de modo que en cualquier momento la cantidad total de los títulos depositados fuera el primer miembro de una ecuación, cuyo segundo sería la cifra total de los saldos acreedores de todos los clientes depositantes.

Sistemáticamente examina, con la claridad que le caracteriza, las diversas cuestiones jurídicas que su ambicioso proyecto plantea, comenzando por la naturaleza y licitud del depósito a realizar. Tras destacar la imposibilidad de concebirlo como un depósito irregular, dado que la sociedad depositaria en ningún momento se convierte en propietaria de los títulos que se le confían, la configura como un depósito regular en el que se dan dos circunstancias específicas: la de la *facultas solutionis* del *tantundem eius generis* y la de una limitada facultad de disposición, y al que se añade un pacto de cuenta corriente que nunca debe confundirse con la «cuenta de efectos o cuenta corriente de valores» que, a consecuencia de practicarse especulativamente por cierto sector de la Banca catalana, fue prohibida por Ley de 23 de febrero de 1940. Trata de la naturaleza fungible o no fungible de los títulos susceptibles del referido depósito, señalando los argumentos doctrinales y legales que permiten afirmar categóricamente que los títulos emitidos al portador pertenecientes a una misma serie son recíprocamente sustituibles, mientras los nominativos son de dudosa fungibilidad, amén de que, aun en el caso de darse, de poco serviría en un sistema inmovilizador, dado que la sustitución de unos títulos nominativos por otros exige las correspondientes anotaciones en el título mismo (o su canje) y en el libro registro de la entidad emisora.

Se plantea la cuestión de si en las transmisiones de títulos ya depositados hay que especificar su numeración, llegando, tras un minucioso análisis de preceptos legales, a la conclusión de que no es ello necesario en las transmisiones internas entre los depositantes y sí en aquellas cuyos adquirentes sean personas sin cuenta abierta en la sociedad depositaria.

Luego se refiere detalladamente a las distintas clases de títulos, a fin de averiguar si su particular régimen jurídico dispositivo es compatible o no con los principios fundamentales de la fórmula propuesta. Las acciones al portador, que, aun obedeciendo en su transmisión a un negocio causal y exigir la intervención del fedatario público, se transmiten con la simple tradición del documento, pueden calificarse de títulos ideales para el sistema propugnado, no así las nominativas, que, por su propia naturaleza, no admiten una restitución del *tantundem*; otro tanto cabe decir respecto de las obligaciones, si bien las nominativas presentan escaso interés práctico y las al portador, en principio viables al régimen postulado, presentan el inconveniente de que no se pueda conocer al titular favorecido por el sorteo de amortización, al no hacerse constar la numeración de los títulos; pero esta dificultad fácilmente se supera si se adscriben por la sociedad distintos números a los depositantes, según sus saldos, antes de cada sorteo, o se lleva a cabo un nuevo sorteo entre los mismos.

Dedica un específico examen a la custodia y transmisión de los títulos depositados por cuenta ajena por profesionales, señalando que, en tal caso, se requiere el consentimiento expreso del *dominus* de los títulos, pues no se puede delegar la custodia sin él (el contrato de depósito es *intuitu personae*). El consentimiento expresamente ha de recaer sobre la posibilidad de restituir títulos singularmente distintos a los entregados, aunque de la misma clase y calidad, sobre la posibilidad de que el depósito se constituya a nombre del profesional y sobre la circunstancia de que la custodia y administración de los títulos se realice por la sociedad depositaria en lugar de hacerse directamente por el profesional.

Se refiere al problema que plantea la legislación bancaria, que prohíbe los contratos de cuenta de efectos y exige la constatación de la numeración correspondiente a los títulos de las cuentas corrientes de valores mobiliarios. Despeja los obstáculos que la referida normativa pre-

senta a la fórmula propugnada por cuanto la *occasio legis* de la prohibición se debió a circunstancias excepcionales acontecidas en cierto sector bancario catalán hace más de veinte años, y la exigencia de la numeración de los títulos depositados obedecía a la necesidad de evitar que se sorprendiera la buena fe de los depositantes, transformando un depósito regular en irregular, con lo que el Banco se convertiría en propietario de los títulos, dándose, además, tan sólo en la legislación relativa a la Banca oficial.

En cuanto a la intervención de fedatario público en las diversas operaciones que ha de efectuar la sociedad depositaria, la considera indispensable en cuanto a la constitución del depósito a efectos de acreditar al cliente la legitimidad de la titularidad sobre los que en definitiva les sean restituidos en su día, lo que tiene gran importancia a efectos de posibles pretensiones reivindicatorias por terceros.

En el supuesto de las transmisiones de títulos entre los mismos clientes de la sociedad depositaria, si bien por la intervención del fedatario en la constitución, resulta indudable que la sociedad únicamente posee títulos legítimamente adquiridos, señala la conveniencia de la intervención también en la transmisión, por tratarse de un requisito impuesto imperativamente por la ley (D. de 19-IX-1936).

En cuanto a la restitución material de los títulos, señala la necesaria intervención del fedatario, que resulta obvia a efectos legitimadores tanto en la restitución por orden de transferencia como por orden de entrega material del titular, cuya distinta formalización matiza.

Respecto del ejercicio de los derechos incorporados a los títulos depositados, advierte que la sociedad depositaria tiene la obligación legal (artículo 308 del C. de C.) de ejercitar los derechos de contenido económico incorporados a los títulos depositados, pudiendo los interesados fijar libremente el procedimiento para la efectividad de los mismos.

El ejercicio de los derechos de carácter político-personal corresponde al propietario de los títulos, bien por el procedimiento de que sean los depositantes quienes exijan la restitución de sus acciones a la entidad depositaria, o que reciban un resguardo o certificado acreditativo de haber constituido el depósito. Aboga por este segundo sistema, más conveniente por su sencillez, y justifica su licitud, ya que ningún precepto de la Ley de Sociedades Anónimas exige la posesión inmediata ni la presentación material de las acciones al portador como requisito esencial insustituible para asistir a las Juntas generales, aparte de la libertad de forma que admite el artículo 59 de dicha Ley en orden al modo de acreditar la pertinente legitimación. Minuciosamente se refiere a las cautelas a adoptar en el caso de que los títulos hayan sido depositados por un Banco, para concluir, tras un agudo análisis, por la necesidad de la sustitución de los cupones relativos a dividendos, intereses, derechos de suscripción preferente por certificados expedidos por la sociedad depositaria.

Se pregunta por la compatibilidad entre el régimen de la sociedad propugnada y las frecuentes operaciones de pignoración de títulos.

Responde afirmativamente, dado que el artículo 1.863 del Código Civil admite la prenda en poder de tercero y el artículo 322 del mismo Código contempla la posibilidad de que, por voluntad de los interesados, pueda sustituirse la numeración de los títulos al portador por un depósito en el establecimiento público que designe el Reglamento de Bolsa, salvando así las dificultades que en un principio parece presentar la dicción literal de los artículos 320 y 321 del Código Civil; pero esta aseveración la condiciona, habida cuenta de que la individualización de la cosa pignorada es esencial en todo contrato de prenda, a un bloqueo total o parcial

de la cuenta del deudor en la sociedad depositaria, resaltando los pormenores del funcionamiento de esta garantía.

Estudia la problemática de la reivindicación de los títulos depositados por persona distinta a su legítimo titular, y, tras una referencia al régimen general de la irreivindicabilidad de los títulos valores, apoyado en la usucapión, la aplicación del artículo 464 del Código Civil y el número 3 del 545 del Código de Comercio, en base a este último funda la invocación del mismo por un depositante de títulos en la sociedad frente a la pretensión reivindicatoria de un tercero basada en el propio artículo, aduciendo las razones que la justifican.

En el improbable caso de quiebra de la sociedad, dado que la propiedad de los títulos la conserva el depositante, puede separar de la masa los títulos, en virtud del artículo 908 del Código de Comercio.

OPERACIONES BURSÁTILES ENTRE PLAZAS

En este segundo estudio de la obra, el profesor BROSETA hace gala de su profunda formación económica, imprescindible hoy para todo mercantilista, al revolucionarse no sólo las directrices metodológicas de la ciencia jurídica mercantil, sino también la misma realidad técnica y social que aquélla tiene que ordenar.

Tras una referencia al desarrollo económico y su financiación, entra de lleno en el análisis del mercado mobiliario, cuya eficacia exige limpios cauces en un clima de franca «transparencia» en el que se respete el principio de libre circulación de capitales, realizando los agentes mediadores una auténtica función de asesoramiento, y los mercados «locales», debidamente comunicados entre sí, sirvan a la unidad económica del mercado nacional.

Postulando la libre comunicación entre los mercados «locales» a fin de garantizar la debida elasticidad en el juego de la oferta y la demanda, deja bien patente que no se trata de una política económica particularista, sino todo lo contrario, ya que cada una de las diversas instituciones mediadoras en el mercado nacional (Bolsas, Bolsines, Corredores Colegiados de Comercio) «no deben anteponer los intereses locales o particulares a los superiores intereses del mercado nacional de valores».

Tras fijar los presupuestos básicos para el adecuado funcionamiento del mercado nacional de valores, entra en lo que podemos llamar propiamente argumento de su estudio: la crítica del artículo 58 del Reglamento de Bolsas y la exégesis del artículo 16 del Reglamento de Bolsines Oficiales de Comercio, señalando sus analogías y diferencias, para llegar a la conclusión de la ilegalidad del 58, que literalmente prohíbe el cruce de operaciones, por pugnar su contenido con diversos preceptos del Código de Comercio relativos al mandato mercantil y la Ley de Represión de las prácticas restrictivas de la competencia, sentando que, por su carácter prohibitivo, no puede ser interpretado extensivamente, por lo que es inaplicable a las operaciones bursátiles entre plazas distintas en las que intervengan uno o varios Corredores de Comercio colegiados.

Tras el examen del artículo 16 indicado, concluye que no son cruces de operaciones los envíos por los Agentes mediadores de las órdenes de sus clientes a las Bolsas o Bolsines de otra plaza ajena, siempre que para hacerlo así requieran los servicios de un mediador que ejerza sus funciones en la plaza de destino, señalando que lo que en definitiva se prohíbe es que el mediador opere directa y personalmente en un mercado ajeno a su plaza. Considera lícita toda orden dirigida desde cualquier plaza tanto a los Bolsines como a las Bolsas, siempre que sea di-

rigida a estos mercados a través de agentes mediadores de la Bolsa o Bolsín receptor.

Señala la necesidad de una interpretación conjunta y sistemática de ambos preceptos, de la que resulta la inaplicabilidad del artículo 16 a las relaciones entre Agentes de Cambio y Bolsa, pero sí su aplicación a las operaciones entre Corredores de Comercio y Agentes de Cambio y Bolsa, subrayando que el artículo 58 es inaplicable a las operaciones que no contempla expresamente.

Sumamente exhaustivo contempla las diversas situaciones en que un mediador colegiado puede, y a veces debe, remitir una orden al mediador colegiado de otra plaza distinta, para concluir con el estudio concreto del régimen jurídico de la remisión de órdenes de compra-venta de valores de una a otra plaza, analizando la forma de la orden y el lugar de su perfección, así como el de la ejecución de la comisión de compra o de venta de valores, exponiendo las obligaciones fundamentales del mediador ordenante y del receptor, conjugando las obligaciones derivadas de su condición de fedatarios públicos con las que impone el secreto profesional.

Tanto en uno como en otro estudio, el catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia sienta unas claras y concisas conclusiones, que coadyuvan a la nítida comprensión de los complejos problemas planteados, cuyo estudio afronta sin separarse un ápice del contorno real en que están insertos.

Si la exposición, como ya el autor nos tiene acostumbrados, es magistral, no lo es menos el análisis y el razonamiento que presiden la investigación; la ciencia juridicomercantil precisa hoy más que nunca de estudios como el que nos acaba de deparar el profesor BROSETA PONT, que sirvan a la agilidad y seguridad que siempre han presidido las operaciones mercantiles. Todo ello la hace sumamente útil no sólo al investigador y al profesional, sino también al que por diversas razones se encuentre implicado dentro de la esfera bursátil.

VICENTE BALDO DEL CASTAÑO

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil español, común y foral* (tomo VI.

Derecho de Sucesiones. Vol. III. Los particulares regímenes sucesorios: La sucesión intestada. La sucesión contractual. La sucesión excepcional), séptima edición revisada y ampliada por José Luis de los Mozos. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1971; 379 págs.

Personalmente he experimentado en todo momento una honda satisfacción cada vez que veo aparecer, revisado y puesto al día, algún volumen de la extensa obra *Derecho civil español, común y foral*, de don JOSÉ CASTÁN. Supone una toma de contacto, permanentemente revitalizada, con las instituciones fundamentales del Derecho civil, con la bibliografías y jurisprudencia más moderna y, también, con las inevitables lagunas y depresiones que nos incitan a la constante renovación de nuestra disciplina. Sobre todo, nos hace recordar aquellas horas estudiantiles, por desgracia ya lejanas, en que el «Castán» nos introducía, casi sin darnos cuenta, a veces ingenuamente, por la vastedad sin límites del viejo tronco.

Nos toca ahora enfrentarnos con el último peldaño del *Derecho civil español, común y foral*, correspondiente al tomo VI, volumen III, y que tiene como contenido la sucesión intestada, la sucesión contractual y la sucesión excepcional. El último y, quizá no sea aventurado afirmar, el más complejo y dificultoso por la índole misma de las instituciones que comprende. El profesor DE LOS MOZOS ha sabido llevar a feliz término, con la maestría que es en él habitual, una magnífica «recreación» de esta parte del derecho de sucesiones, tradicionalmente poco estudiada y mal comprendida. No sin razón el profesor DE LOS MOZOS manifiesta en el Prólogo su preocupación por la enorme dificultad que lleva consigo el proseguir y actualizar el *Derecho civil español, común y foral*, de don JOSÉ CASTÁN, sin violar al propio tiempo el estilo personal del llorado maestro y sin descender el nivel científico alcanzado por él. Mas es obligado decir, después de leer serenamente la obra, que no es fácil precisar sin tener delante la sexta edición («Sucesión intestada y contractual») y la quinta («Sucesión excepcional») del viejo tratado de don JOSÉ CASTÁN, lo que en la séptima edición ha permanecido y las adiciones introducidas. El profesor DE LOS MOZOS ha logrado seguir de cerca los pasos del maestro, captar o, mejor aún, reencarnar su inimitable estilo, su llaneza y sencillez a la par que su densidad científica. El estudioso del Derecho civil no podrá repetir en modo alguno, cual otro Eneas ante el fantasma de Héctor, *quantum mutatus ab illo!*, sino que volverá a tener en sus manos el *Derecho civil español, común y foral* de su juventud, enriquecido en su devenir, pero inmutable en su onticidad sustancial. Las viejas 100 páginas de don JOSÉ CASTÁN, sin perder sus cualidades de nitidez y estilo pedagógico, se han modernizado y enriquecido considerablemente: selecta bibliografía, magníficas notas, exposición brillante de las últimas aportaciones doctrinales, recogida comentada de la legislación posterior y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tratamiento exhaustivo de las instituciones del Derecho foral, según la novísima disciplina de las compilaciones y de sus mejores intérpretes, son otras tantas facetas que dan calidad a la obra y que el profesor DE LOS MOZOS ha sabido hacer con una síntesis difícil de lograr entre *vetus* y *novum*, entre lo clásico y perenne cimentado por don JOSÉ CASTÁN y las nuevas técnicas de la ciencia jurídica que el joven catedrático de Salamanca ha sabido introducir sin romper los moldes indelebles del *Derecho civil español, común y foral*.

Trata, pues, este volumen III del tomo VI, según la revisión y ampliación de DE LOS MOZOS, «de los particulares regímenes sucesorios: la sucesión intestada, la sucesión contractual, la sucesión excepcional». Tres partes bien delimitadas y analizadas con exhaustividad de manera que constituirán una obra de consulta obligada para profesionales y estudiosos del Derecho, sin por ello dejar de ser un libro fundamental para la didáctica del Derecho civil en las Facultades de Derecho.

La sección primera comprende 245 páginas dedicadas a la *sucesión intestada*, tanto en el Derecho civil común como en el foral. Se analiza en esta parte el concepto, fundamento y naturaleza de la sucesión intestada; la apertura de la sucesión intestada y el derecho de representación; el orden general de llamamientos en la línea recta descendente, ascendente, colateral y del cónyuge viudo. Se concluye con la sucesión abintestato en favor del Estado y la normativa de la misma en las legislaciones forales.

La falta de espacio nos veda destacar las múltiples facetas tratadas en esta primera sección. Quede constancia, al menos, de algunas de ellas especialmente sugestivas. Se delimita a la luz de la doctrina más moderna y con nítidas aportaciones personales la noción de sucesión intestada, su carácter supletorio frente a la testada y la crítica a la llamada

«sucesión legítima», que no constituye un *tertium genus* añadible a la doble vocación estampada en el artículo 658 del Código Civil, sino «un límite a la libertad de disposición por testamento o donación en beneficio de los legitimarios» (VALLET DE GOYTISOLO, LAGRUZ). Se analizan con sentido crítico las diversas doctrinas que fundamentan la sucesión intestada, y parece adecuado invocar como *ratio* legítimamente una pluri-dimensión de valores que convergen en un denominador común: intereses personales, familiares y comunitarios se unimisman en un criterio *racional*, que otorga seguridad y permanente carácter social a la propiedad *ultra mortem* con la indeclinable garantía que ello supone para los terceros.

Es, en verdad, magnífico el estudio histórico que realiza el profesor DE LOS MOZOS de la sucesión intestada, desde el Derecho romano arcaico hasta el análisis de nuestras leyes históricas, sin olvidar las importantes modificaciones introducidas por la Ley de Mostrencos (16 de mayo de 1835). El sistema del Código Civil se expone también con un método histórico-evolutivo: directrices fijadas por la Ley de Bases, modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley de 13 de enero de 1928, que, como es sabido, limitó al cuarto grado los llamamientos en la línea colateral y estableció una nueva distribución de los bienes para cuando hereda el Estado (redacción actual del art. 956 del C. C.). Finalmente, se recogen las últimas alteraciones realizadas por la Ley de 24 de abril de 1958 y, recientemente, por la Ley de adopción de 4 de julio de 1970. Esta última, al señalar que el hijo adoptado plenamente ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos (artículo 179, ap. 1), excluye a los ascendientes y a los restantes órdenes sucesorios de inferior rango. Si bien cuando el hijo adoptivo concurre con hijos naturales reconocidos en la sucesión abintestato del adoptante, la herencia se distribuye entre ellos por igual (art. 179, núm. 2). A su vez, la nueva Ley, corrigiendo la omisión de la Ley de 1958, ha equiparado la relación padre adoptante-adoptado simple a la que se establece entre padre-hijo natural reconocido por lo que respecta a los derechos sucesorios (art. 180, ap. 3 del C. C.). La norma del artículo 939 del Código Civil, que llama a los hijos naturales reconocidos a la sucesión intestada a falta de descendientes y ascendientes, antepuestos a los parientes colaterales, se aplica, por tanto, tras la Reforma de 1970, a los hijos adoptivos en la adopción simple.

Al tratar la apertura de la sucesión intestada, se interpreta con acertada casuística el artículo 912 del Código Civil agrupando los diversos supuestos que generan la sucesión intestada en tres apartados: por razón del testamento (cuando uno muere sin testar, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez); por razón del contenido del testamento (que contiene disposiciones nulas, v. gr., preterición, condición captatoria, falsedad de la causa, etc.), y por premoriencia, o renuncia del heredero o incumplimiento de la condición (supuestos que podrían comprenderse en el grupo anterior). Se invoca constantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo para ofrecer soluciones ágiles y vitales en apoyo de la exégesis legislativa. Se exponen, asimismo, con claridad las tres normas de distribuir la herencia entre los llamados a la sucesión abintestato: por personas (*in capita*), por representación (*in stirpes*) y la sucesión lineal (*in lineas*). Y aquí es menester evidenciar que el profesor DE LOS MOZOS ha sabido realizar un estudio muy completo de una institución tan compleja y dificultosa como es el derecho de representación. Muy adecuada su configuración, siguiendo a LAGRUZ, como exponente de la vocación indirecta en cuanto quebranta la regla del artículo 921 del Código Civil: *proximiores excludunt remotiores*; se critica su denominación, en modo alguno encajable dentro de la repre-

sentación como forma de cooperar a la conclusión de los negocios jurídicos en base a esa esfera de competencia (*Zuständigkeit*) que ostenta el *dominus*, o a la autorización legitimante (*Berechtigung*) que emana del representado para que el representante obre en su interés (*domini contemplatio*). Sobre todo, con clara visión de la praxis jurídica, se analiza su procedencia—casos de muerte del ascendiente, desheredación e incapacidad, según se infiere del art. 929 del C. C.—, sus efectos y la siempre discutida cuestión de si es posible su funcionamiento fuera de la sucesión intestada (en la testada y en la adquisición legitimaria).

Dentro de esta primera parte, tan bien ultimada con un examen pormenorizado de la sucesión intestada en las legislaciones forales, destaca el extenso apartado que se destina a exponer la *sucesión abintestato en favor del Estado*. Tema que el profesor DE LOS MOZOS conoce muy bien y al que en su día le dedicó un meritorio trabajo (ADC, 18, 1965, páginas 393-433). Dos corrientes historicodoctrinales han pugnado tradicionalmente por explicar el llamamiento del Estado a los bienes del que muere intestado: la romano-pandectista, que, apoyada en la asimilación de la *hereditas* sin sucesores civiles u honorarios a los *bona caducaria*, piensa que el Estado—*Fiscus Caesaris*, *Aerarium populi romano*—sucede *in loco heredis*, es heredero en sentido técnico-jurídico. La otra tesis, gestada en el seno del antiguo Derecho germánico y feudal, considera que el Estado recupera los bienes del que muere intestado y sin parientes en base a su *dominio eminente*. Variante fundamental de esta doctrina es el *droit de déhérence* francés, por el que el Estado realiza una especie de ocupación privilegiada sobre los bienes vacantes. Quizá más exactamente, una adquisición a título singular parecida a la del legatario (*in legatario loco*). El profesor DE LOS MOZOS examina con detenimiento las varias doctrinas que han configurado la naturaleza de la sucesión del Estado, así como su alcance en los ordenamientos comparados y en el Derecho español. No hay duda de que en la regulación del artículo 956 del Código Civil el Estado es sucesor abintestato a título de heredero. Pero ¿qué tipo de heredero? El profesor DE LOS MOZOS critica la tesis tradicional que asimiló la posición del Estado a la del heredero fiduciario, mientras los establecimientos de beneficencia e instrucción—calificados de herederos por el art. 957 del C. C.—tendrían la consideración de herederos fideicomisarios. Su conclusión es clara: el Estado es un heredero tipificado por una especial *función* en la que confluyen, evidentemente, principios del Derecho civil y del Derecho administrativo. Los perfiles de su *función*, y que hacen de aquél un heredero abintestato *sui generis* en cuanto debe destinar los bienes a los fines específicos marcados por el artículo 956 del Código Civil, no impiden su configuración como auténtico sucesor universal: tendrá que pagar los legados y las deudas del causante, si bien presumida siempre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (art. 957 del C. C.). Digamos, en conclusión, que el Estado es un heredero al que la ley llama en defecto de colaterales hasta el cuarto grado, si bien la vocación hereditaria en su favor está predeterminada por la propia ley en orden al destino telcológico del caudal relicto. La misma estructura jurídico-social del Estado y su indeclinable servicio a los fines de la comunidad delimitan con especial fisionomía su cualidad de heredero.

La sección segunda, referida a la *sucesión contractual*, comprende las páginas 246-323. No andamos sobrados de buenos trabajos sobre la materia, capaces de romper con la influencia romanista dominante en nuestro Código Civil opuesta a la delación sucesoria por vía contractual. De ahí el valor de estas páginas, que exponen en toda su vasta perspectiva, tanto en el Derecho civil como en el foral, las auténticas dimensiones de la sucesión pactada. Se hace la distinción obligada entre pacto suce-

sorio y sucesión contractual, esta última referida técnicamente «a la institución de heredero o a la ordenación de legado hecha por medio de contrato». Se exponen las distintas modalidades de pactos sucesorios—*pacta de succedendo*, *pacta de non succedendo* y *pactos dispositivos*—, así como la evolución histórica de la sucesión contractual en el Derecho romano, en el germánico y en el español. Asimismo, el profesor DE LOS MOZOS contrasta el sistema de los Códigos latinos, prohibitivo de la sucesión contractual, con el de los Códigos de tipo germánico, donde los pactos sucesorios se admiten con profusión.

Con razón crítica el profesor DE LOS MOZOS, siguiendo a CIMBALI, al igual que en su día don JOSÉ CASTÁN, las fútiles objeciones formuladas tradicionalmente contra la sucesión contractual. Hay razones poderosas de índole sociológica y de economía familiar que justifican *de iure condendo* la admisión del pacto sucesorio en múltiples supuestos: conservación del patrimonio familiar, arraigo de familia, campesinas, promoción de la nupcialidad, etc. Sólo si hacemos girar el derecho de sucesiones en torno a la persona y su autonomía, movidos por el respeto a la vieja idea de la *voluntas ambulatoria*, sería criticable una admisión omnimoda de la institución de heredero por vía contractual.

La prohibición general de la sucesión contractual en nuestro Derecho, inferida del artículo 658 y plasmada positivamente en la norma del artículo 1.271 del Código Civil, no es absoluta. Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley de 4 de julio de 1970, un caso de verdadera sucesión contractual regulaba el Código Civil en el artículo 174, 3.º y 4.º (redactado conforme a la Ley de 24 de abril de 1958), por la que el adoptado podía llamarse a la sucesión del adoptante. En la actualidad perviven dos claros exponentes: la donación de bienes futuros hecha por los esposos en capítulos matrimoniales (art. 1.331) y la promesa de mejorar o no mejorar, con o sin entrega de bienes, que será irrevocable siempre que se haya hecho en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso con un tercero (arts. 826 y 827 del C. C.). El profesor DE LOS MOZOS corona el estudio de la sucesión contractual con un análisis estructural de los elementos—personales, reales y formales—del pacto sucesorio, así como de los efectos—antes y después de abrirse la sucesión—que el mismo produce.

Por lo demás, y en franco contraste con el sentido prohibitivo del Código Civil, las legislaciones forales han sido campo abonado, tanto históricamente como en el sistema actual de compilaciones, donde han germinado fecundamente los pactos sucesorios. El profesor DE LOS MOZOS analiza con todo detalle el ámbito y contenido de la sucesión pactada en la Compilación de Aragón; el heredamiento catalán como típica institución contractual de heredero (art. 63 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña); la donación universal *propter nuptias* en el Derecho de Navarra, así como las manifestaciones de la sucesión contractual en Vizcaya y Galicia.

La sección tercera y última (págs. 324-355) se destina a tratar la llamada *sucesión excepcional o extraordinaria*, de configuración jurídica *sui generis* al estar regida por normas especiales ajenas a los principios sucesorios recibidos del Derecho romano. Su manifestación tradicional, las *vinculaciones*, bien civiles (mayorazgos) o eclesiásticas (capellanías y patronatos), apenas ofrecen interés. Obedecen a unas concepciones jurídicas pretéritas, hijas del inmovilismo de la riqueza y de las prerrogativas estamentales, hoy día, por fortuna, en franca crisis. Mas como los fenómenos históricos no son círculos herméticos o mónadas absolutas, sino proceso y reversión con su rico contenido dialéctico, sucede que las nuevas funciones economicosociales de la familia tanto rústica como urbana imponen de nuevo la fórmula vinculatoria para el goce y

productividad de ciertos bienes. El profesor DE LOS MOZOS, experto agrarista y buen conocedor del Derecho de urbanización, nos ofrece la antigua sucesión excepcional vinculatoria en su rica y social novedad de sucesión vinculada al Derecho de colonización o arrendaticio. El patrimonio familiar indivisible se transmite *mortis causa* «a una persona física, como único titular del mismo» (art. 2.º Ley 15 julio 1952), perteneciente al círculo de los herederos forzosos del *de cuius*. Porque, en definitiva, no puede olvidarse que el patrimonio familiar es un bien vinculado a la familia campesina y en su ámbito parental debe supervivir. Reclamar heredero único es asegurar la continuidad de explotación y su rendimiento óptimo.

En esta concepción moderna, típicamente socializadora, de la sucesión excepcional vinculatoria hallamos otras manifestaciones, propias del Derecho de colonización, arrendaticio o laboral, v. gr., el fallecimiento del titular de un huerto familiar hace entrar en el disfrute del mismo a la viuda y, en su defecto, a los hijos solteros que continúen viviendo bajo el mismo techo, en último término al hijo cuya familia sea más numerosa (art. 6.º, 3 Decreto 12 mayo 1950); las casas baratas se hallan vinculadas, pues no pueden ser transmitidas por título distinto al de herencia o donación al heredero prefijado por la ley; importantes, al respecto, las disposiciones especiales sobre sucesión *mortis causa* en el arrendamiento urbano (arts. 55 y sigs. L. A. U., texto refundido 24 diciembre 1964) o rústico (art. 18 Reglam. 29 abril 1959); igualmente en el campo laboral, donde una extensa legislación prevé en favor de la viuda el abono de las indemnizaciones por muerte o accidente del causante trabajador, así como el derecho a pensión de orfandad en beneficio de los hijos, bien subsidio de defunción para la viuda y sus hijos (Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 diciembre 1963, texto articulado por Decreto de 21 abril de 1966).

Como colofón a esta magnífica obra se ofrece una reseña exhaustiva de las obras de don JOSÉ CASTÁN, según la relación sistematizada incluida en el tomo I de los *Estudios de Derecho civil en honor* del ilustre maestro editados por la Universidad de Navarra en 1969. También, y a continuación, se detallan los trabajos del profesor DE LOS MOZOS, que dan buena cuenta de la ingente producción que ya tiene en su haber, pese a su juventud, el prestigioso catedrático de la Universidad de Salamanca.

Exsultabunt ossa humiliata!, clamó David en memorable Salmo. También las cenizas de don JOSÉ CASTÁN, hombre humilde y sencillo, saltarán de júbilo al ver cómo su obra monumental e imperecedera supervive actualizada por obra de excelentes civilistas que, como el profesor DE LOS MOZOS, saben enriquecerla y presentarla con la vitalidad de siempre.

MARIANO ALONSO PÉREZ
Profesor de Derecho civil

MASI, ANTONIO: *Studi sulla condizione del Diritto romano*. Milán. Ed. Giuffré, 1966; 286 págs.

1) EL CONTENIDO DE LA OBRA

Este nuevo título pertenece a la serie de estudios que, bajo el patrocinio de la Universidad de Roma, publica el Instituto de Derecho Romano y de los Derechos del Oriente Mediterráneo, estudios que en

su inmensa mayoría están dedicados a la investigación de instituciones o puntos concretos del Derecho romano. Esto presupuesto, no cabe desconocer la enorme importancia de una investigación en profundidad acerca de la condición en el Derecho romano, que venía ya notándose a faltar en el acervo jurídico actual.

El autor de esta obra que comento había venido forjando su personalidad de investigador en una serie de trabajos romanísticos: «Note sulla *transmissio Iustiniana*» (1), «*Stipulatio praeposterata*» (2), «Il negozio utile o inutile in diritto romano» (3), «Deficienza e adempimento fittizio della condizione mista in diritto classico e in diritto giustiniano» (4), «Retroattività della condizione e *donatio mortis causa* fra coniugi» (5).

En la obra, MASI agrupa una serie de estudios—de ahí el título—dedicados a la condición en Derecho romano, que vienen a condensar los resultados por él habidos en sus investigaciones. Conviene no perder de vista este factor, primordial a la hora de enjuiciar su labor y que enmarca el desarrollo del contenido del tema dentro de la idea original de su autor.

La obra se desarrolla en una Introducción sobre las distintas posiciones doctrinales acerca del problema de la condición, y dos partes. En la Parte Primera trata de «la pendencia de la condición y efectos del cumplimiento», subdividida en una serie de capítulos que, respectivamente, tratan de la *stipulatio* y el legado condicionales, de la retroactividad del cumplimiento de la condición, de la relevancia de la relación condicional en Derecho clásico y en la *Compilación justiniana*, y consideraciones concluyentes. En la Parte Segunda se trata del «cumplimiento ficticio de la condición», con dos capítulos que tratan, respectivamente, de los principios *condicio pro impleta habetur, si per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quominus impleatur* y *condicio pro impleta habetur, si per eum non stat, quominus impleatur*. Concluye la obra con un Índice de las fuentes utilizadas.

En este comentario seguiremos el orden del autor en su exposición. En la Introducción estudia las posiciones doctrinales sobre el problema de la condición y la cuestión de las ficciones de cumplimiento de la condición. El punto que sirve al autor de partida es el derivado del consenso mayoritario doctrinal acerca de los resultados habidos por VASSALLI (6), quien constata que, respecto a los efectos de la condición suspensiva, en la fase de pendencia, las fuentes presentan una duplicidad de soluciones y de concepciones, ya que, según algunos textos, se niega al negocio condicional todo efecto jurídico hasta el cumplimiento de la condición, y, según otros, el negocio crea ya durante la pendencia un derecho capaz de varias manifestaciones; las concepciones de los compiladores *justinianos* habrían sido sustancialmente *diversas* de las de los juristas clásicos, y en la *Compilación* cabe ver el resultado de un movimiento tendente a aproximar el régimen de las relaciones condicionales al de las relaciones constituidas con término inicial.

Este planteamiento postulado por VASSALLI de la existencia de una diversidad de soluciones entre los clásicos y de la superación de tales dificultades por los bizantinos es el cuestionado por MASI en su obra, tratando de reconstruir históricamente la doctrina romana de la condición, bien respecto al problema de la relevancia de las relaciones con-

(1) ARANGIO-RUIZ, *Synteleia*, II, págs 1026 ss.

(2) BIDR., 63, 1960, págs 194 ss

(3) RISG., 93, 1959-62, págs. 79 ss

(4) *Studi Cagliari*, 43, 1962-63, págs 101 ss.

(5) *Ann di Storia del diritto*, 7, 1963, págs 41 ss

(6) "Dies vel condicio Lineamenti della dottrina romana della condizione", en BIDR., 27 1914, págs 192 ss (= en *Studi*, I, 1960, págs 223 ss)

dicionales, bien respecto a la cuestión de los efectos del cumplimiento de la condición misma.

De otra parte, en orden a las hipótesis en que ha habido «cumplimiento ficticio» de la condición, estudia las relaciones existentes entre los tres conocidos principios y las modificaciones que hayan podido introducir en ellos los compiladores *justinianeos*.

La Parte Primera—«Pendencia de la condición y efectos del cumplimiento»—comienza con un primer capítulo que, dedicado a *Stipulatio* y *legado condicionales*, ocupa él sólo casi una mitad de la obra. Parte en su estudio de la antítesis del régimen entre *stipulatio* y legado condicionales: para algunos, en el Derecho clásico, la eficacia retroactiva de la condición se habría «admitido limitadamente» en las hipótesis en que la condición accediere a una *stipulatio*, en tanto que habría sido «excluida» en aquellas en que fuere opuesta a un legado de crédito; para MASI hay que distinguir el momento en que se cumple la condición (decisivo para el legado condicional) y el momento de conclusión del negocio (relevante para la *stipulatio* condicional). Analiza una numerosa serie de textos, comenzando por uno relativo a adquisiciones por siervo e hijos de familia (D. 45.3.40, Pomp. 33 ad Quintum Mucium) y otro relativo a la contraposición del régimen propio del legado y de la *stipulatio* (D. 50.17.18, Pomp. 6 ad Sabinum), de los que parece deducirse que en los legados se hacía referencia al *dies cedens*, viniendo a ser la solución casi la misma que si el legado hubiese sido puro y no condicional.

Estudia la transmisibilidad de las relaciones condicionales inter vivos y la intransmisibilidad del legado *pendente condicione*, diversidad de soluciones que viene reafirmada en las fuentes en una serie de textos, y cuya ascendencia clásica se ha puesto en duda por BONFANTE—ya que la transmisibilidad de las relaciones condicionales inter vivos se concilia mal con el conocido principio *obligatio ab heredis persona incipere non potest*—, pese a lo cual MASI refuta a BONFANTE y aduce textos concluyentes al respecto: D. 36.2.19. 3 y 4; D. 18.4.19; D. 46.2.24 y D. 36.3.10; D. 31.82. pr.; D. 36.1.46.1 y D. 36.1.28.7; D. 35.2.73.1; D. 23.4.23; D. 24.3.45; D. 18.6.8. pr.; 17.1.34.1; D. 40.9.8. pr.; D. 44.7.42. pr.; Gai. 4.53 b) e Inst. 4. 6.33 b); D. 45.1.99.1 y D. 45.1.27.1; D. 21.1.43.9 y D. 46.3.36, D. 5.1.35 y D. 45. 3.26; D. 17.2.27 y D. 45.1.98. pr., y D. 30.41.1-2. A lo largo de esta serie de casos, el autor va estudiando los problemas planteados por cada uno de ellos, las distintas interpretaciones de los romanistas y su especial incidencia respecto de las relaciones condicionales y su transmisibilidad, del lado activo y del lado pasivo. Especial interés tiene el detallado análisis del D. 36.2.19.3 y 4, sobre un legado de liberación a favor de un deudor condicional del testador, del que se deduce la posibilidad de transmisión de la obligación condicional tanto desde el lado activo como desde el pasivo. La confirmación de esto es la variedad de supuestos en las fuentes, citados antes, en especial en tema de *legatum debiti* dispuesto en la forma *per damnationem* (así, D. 31.82. pr. Paul. 10 quaest.) y en lo concerniente al problema del cómputo de los créditos y deudas hereditarias sujetos a condición a los fines de la aplicación de la *lex Falcidia*, además de los casos de constitución de dote en forma de *stipulatio* condicional, de la *cautio legatorum servandorum causa*, de la compraventa y mandato condicionales, de la *stipulatio poenae* y de la aplicación de la *lex Aelia Sentia* a las manumisiones en fraude de acreedores. Detenido es el estudio de la relación entre la *litiscontestatio* y la relación condicional o, de otro modo, el problema de la consunción o no de la acción intentada antes del cumplimiento de la condición; considera bajo el perfil del *agere ante condicionem* el pasaje contenido en D. 46.3.36. La exégesis del D. 45.3.26. (= Vat. fr. 55) es fundamental para

quien quiera intentar dibujar el desenvolvimiento en la construcción del negocio condicionado, destacando el autor la significación de la expresión *vires accipere* usada en relación a *statuta libertas*. Finalmente, tras analizar el D. 30.41.1-2, sobre un legado de materiales incorporados a un edificio y un legado de cosa del legatario, combate la supuesta divergencia de opiniones entre Sabinianos y Proculianos respecto a la «intensidad de efectos» de la relación condicional y expone la famosa «regula catoniana». La exposición de este primer capítulo de la obra finaliza de pronto, sin elaborar unas mínimas conclusiones de toda la larga y pormenorizada dedicación a la antítesis de régimen entre *stipulatio* y legado condicionales.

En el capítulo segundo de esta Primera Parte se estudia «La retroactividad del cumplimiento de la condición». Tras analizar el D. 18.6. 8. pr., sobre una compraventa condicional, confirmado por otro texto (D. 20.4.11.1) sobre la eficacia de una hipoteca en garantía de una obligación condicional, pasa a analizar la pretendida retroactividad de la condición en el legado en Derecho *justiniano*. Estudia casi exhaustivamente el punto de la retroactividad de la condición y la *donatio mortis causa* entre cónyuges, en especial al tratar de determinar qué estructura y efectos debía tener el tipo de donación calificado como *omnis mortis causa donatio*. Pasa después a analizar los problemas de la retroactividad del cumplimiento de la condición en la *traditio* condicional, en la *manumissio* condicional, en la revocación real, en el caso límite del Gai. 3.146, a caballo entre la *emptio venditio* y la *locatio conductio* y en la *stipulatio praeposter*. Concluye este capítulo segundo con un resumen sobre la esfera de aplicación y alcance de la retroactividad de la condición en la Compilación Justiniana.

En el capítulo tercero, dedicado a «La relevancia de la relación condicional en el Derecho clásico y en la Compilación Justiniana», en *primer lugar* estudia la pretendida tendencia justiniana a asimilar la relación condicional a la *a término*, solamente para los negocios inter vivos, en especial la *stipulatio*, pero *no* para los legados, ya que la doctrina del *dies cedens* impedía tal aproximación; con las indudables *repercusiones de tipo práctico*, cuales las de ligar la admisión del acreedor condicional a la *separatio bonorum* y a la *missio in possessionem*. En *segundo lugar* estudia la pretendida tendencia compilatoria a admitir para el legado una transmisión del dominio *pendente condicione*. Pasa, en *tercer lugar*, a dedicar un detenido análisis a la novación condicional y especialmente trata de la conversión de la *prior obligatio* de pura en condicional y de la relación de la novación condicional con la *purgación* de la mora. Finaliza, en *cuarto lugar*, con el estudio de la *acceptilatio* de un débito bajo condición.

En el capítulo cuarto de esta Primera Parte se dan por MAST una serie de «consideraciones conclusivas» de todo lo expuesto, pero que en realidad se limitan de manera *exclusiva* al problema de la antítesis del régimen entre *stipulatio* y legado y a la cuestión de la intransmisibilidad del legado *pendente condicione*—temas estudiados en el capítulo primero de esta Primera Parte—: en *primer lugar*, dicha antítesis *no cabe* observarla en el criterio de la retroactividad de la condición, que viene a ser a modo de conceptualización de la situación jurídica creada, respectivamente, por una *stipulatio* o una *emptio venditio* condicionales y se pone como un *posterius* respecto a ésta; la antítesis tiene su fundamento en la diversidad de *estructura* de tales institutos; el problema verdadero es el del fundamento de la *intransmisibilidad* del legado condicional, cuyas diversas conjeturas doctrinales parecen al autor insuficientes, proponiendo que el régimen del legado debió ser *antiguamente* análogo al de la *heredis institutio*, caracterizado por el criterio

de la intransmisibilidad de la delación. *En segundo lugar*, la citada antítesis de régimen ha sido acentuada por la jurisprudencia, que ha tenido ocasión de desarrollarla en la solución de problemas concretos, según se expone por el autor en el capítulo primero de esta Parte. *En tercer lugar*, parece al autor seguro no cabe hablar de divergencia de opiniones entre diversos juristas clásicos y que las excepciones a tal antítesis de régimen se centran en puntos concretos cuales los del *pignus* y la novación; debe, pues, excluirse la posibilidad de un tratamiento unitario del problema de la pendencia de la condición. *En cuarto y último lugar*, estudia tal antítesis en la Compilación Justiniana, observando cómo los justinianos han acentuado tal antítesis, con su *tendencia* a aproximar el régimen de las relaciones condicionales inter vivos al de las relaciones constituidas «con término inicial», de cuya *tendencia* aproximativa *ha derivado* la extensión al acreedor condicional de la posibilidad de valerse de la *separatio bonorum* y de obtener la *missio in possessionem*; paralelamente, se da *otra tendencia* a admitir el criterio de la *retroactividad* para el solo campo de los *contractus*, aunque desde un punto de vista práctico tal aplicación ha sido muy circunscrita (D. 20.4.11.1, en tema de hipoteca) y en sustancia se reduce a una conceptualización de la relevancia de los *contractus* bajo condición durante la pendencia de ésta.

La Parte Segunda está toda ella dedicada al análisis del tema «El cumplimiento ficticio de la condición». En el capítulo primero se estudia el conocido principio *condicio pro impleta habetur, si per eum, cuius interest conditionem non impleri, fit, quo minus impleatur*: recoge de DONATUTI (7) los tres *presupuestos* de tal principio—tal cual aparece en el Derecho Justiniano—, o sea un comportamiento tal que el incumplimiento no pueda serle imputado al interesado, la coexistencia de todos los elementos necesarios para el cumplimiento de la condición y el intento de impedir los efectos del cumplimiento de la condición. Este tercer requisito podría haber aparecido debido a alteraciones ocasionales hechas por los justinianos, notando el autor cómo aflora indiscutiblemente en las fuentes tal requisito, cuya *función* cree sería la de precisar los límites de aplicabilidad del principio bajo otro perfil, y cuyo *origen* sería debido únicamente a la particularidad del hecho *in condicione*. Finaliza este capítulo estudiando la esfera de aplicación de tal principio, que en principio debió ser formulado por la jurisprudencia respecto a las manumisiones y con el tiempo fue extendido a *otros actos mortis causa* y, además, a la *stipulatio* y a la *emptio venditio*.

En el capítulo segundo de esta Parte Segunda se estudia el principio *condicio pro impleta habetur, si per eum non stat, quominus impleatur*: para algunos, este principio habría sido fruto de una generalización justiniana y su punto de arranque sería algunas decisiones concretas cuya clasificación radica en el *favor libertatis*; para MASI el examen de las fuentes—Ulp. 2.4.6; D. 40.7.20.3 y D. 35.1.94. pr.; D. 30.54.2 y D. 9.2.23.2; D. 40.7.39.4 y D. 40.7.3.12; D. 40.7.28. pr.; D. 40.7.3.10 y D. 36.2.5.5; C. 6.46.6; D. 40.7.35 pr.; D. 40.4.55; D. 40.5.33.1; C. 6.46.3; D. 35. algunos autores; concreta el autor que la Constitución del año 531 (C. 6. 46.6) es muy importante a los fines de la *creación* del principio cuestionado por parte de los compiladores justinianos, ya que la enunciación categórica del principio contrasta con el hecho de que tal principio no está enunciado en el *Digesto*; estudia diversos textos en tema de legados o de fideicomisos de *annua* o de *alimenta*. Tras examinar el supuesto de la *denegación* de colaboración por el tercero respecto de quien se debía cumplir la condición (D. 35.1.31), concluye este capítulo, y con

(7) "Sull'adempimento fittizio delle condizioni", en SDHI., 3, 1937, pág. 64

el la obra, con unas *conclusiones* sobre la esfera de aplicación del principio y el concreto punto de su aplicabilidad a los actos de última voluntad *diversos* de la *manumissio*.

II) CONSIDERACIONES CRITICAS

La casi exhaustiva enumeración de hipótesis extraídas de las fuentes, en que diversos aspectos del instituto de la *condición* vienen directamente regulados o aludidos, haría casi inacabable unos comentarios sobre obra tan compleja. Aquí me limitaré a resaltar aquellos puntos o afirmaciones del autor que me han parecido más interesantes, con la inevitable secuela de los perfiles de forma y de fondo bajo los que cabe enjuiciar esta obra.

A) ASPECTOS A RESALTAR DE LA OBRA.—La alusión del autor a la opinión de ARCHI (8) sobre el triunfo definitivo en el ambiente bizantino del principio según el cual en la actividad contractual—en sentido lato—es la *voluntas*, el *consensus* de las partes o la parte, en su origen, el que señala el *momento* perfeccionador del negocio, con lo que se llegaría a la consecuencia de que la *condición* actuaría desde el *interior* del negocio y *no* desde fuera, como en la concepción *clásica*. Otra alusión, la referida a VASSALLI, quien invitaba al legislador moderno a superar «aquellas columnas de Hércules que demasiado frecuentemente ha constituido la legislación de Justiniano», y en especial le invita a eliminar la diversidad de tratamiento respecto a las condiciones resultante del antiguo artículo 853 del Código Civil de 1865, ya abolido en el de 1942 (9). La referencia a la inconsistencia de los argumentos de BONFANTE sobre el principio *obligatio ad heredis persona incipere non potest*. El estudio profundo del *legatum optionis*, en relación con la Constitución del año 531 (C. 6.46.3). La especial forma de enfocar el estudio de las donaciones *mortis causa* entre cónyuges y la búsqueda de aquel otro tipo de ellas denominado *omnis mortis causa donatio*. El análisis del término *cum moriar*. La evidencia de que la formulación del criterio de la retroactividad de la condición por obra de los compiladores justinianeos se hizo limitadamente, y aun en casos en que se podían crear dificultades, como en la *emptio rei speratae* (D. 18.1.8. pr.); asimismo, la evidencia de que tal eficacia retroactiva debe ligarse a la voluntad de las partes y, por ello, está *excluida*, en vía de principio, en aquellos casos en que las partes *no* la han previsto. La especial mención de que la asimilación de la relación condicional *inter vivos* a la constituida *a término*, hecha por los bizantinos, fue efectuada teniendo muy presente la noción de *acreedor condicional* que los mismos justinianeos tenían, a modo de *genus*, caracterizado por la circunstancia de que el acreedor se encuentra en un estado de pendencia, de expectativa. La mención de las dos *leges geminatae*, ambas sacadas de dos pasajes de Javoleno (D. 23.3.80 y D. 23.3.83), relativos a la hipótesis de una *promissio dotis* por parte de un dcudor de la mujer. La referencia a que en los legados condicionales —aun en el régimen más antiguo del Derecho *clásico*—el *cedere diem* debía, *además*, presuponer el cumplimiento de la condición. La refutación de la hipótesis corriente de que entre los juristas *clásicos* debió existir una divergencia de opiniones respecto a la transmisibilidad del negocio condicional. La conclusión que sienta en orden a que las afirmaciones de los justinianeos respecto a la estructura de las relaciones

(8) "Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano", en *Studi Betti*, II págs. 31 ss.

(9) Es la antinomia entre el régimen del artículo 759 del Código Civil español y el distinto régimen para las relaciones condicionales *inter vivos* (art. 1.112 del Código Civil).

condicionales *no* han necesitado una radical modificación de las soluciones *clásicas* por ellos utilizadas. La brillante interpretación de un pasaje de Javoleno (D. 40.7.39.4. lav. 4 ex post. Lab.) relativo a la condición apuesta a una manumisión expresiva de *si Attiae mille nummos dederit*, cuando Atia hubiere muerto *vivo testatore*, y su conexión con otro texto de Ulpiano (D. 40.7.3.12) en que la condición de la manumisión era *cum decem dare poterit*. La decidida intervención en el problema cuestionado sobre el fundamento de la regla de que *la condición se tiene por cumplida cuando el tercero cuya cooperación hubiera sido necesaria para el cumplimiento de la condición hubiere rehusado el prestarla*, siendo evidente para MASI que Africano, recogiendo la idea de Juliano (D. 35.1.31), había hecho referencia al principio *condicio pro impleta habetur, si per eum non stat...* Principio éste al que ya se había referido Trebacio, pero que parece fue Sabino quien sacó de él el máximo de posibilidades al aplicarlo no sólo a los casos de falta de colaboración del tercero respecto de quien se debía cumplir la condición, o de la muerte de dicho tercero, o de impedimento al cumplimiento de la condición por circunstancias extrañas a la voluntad del gravado, o incluso en los legados. Tal principio, para DONATURI debía ser, respecto de los actos *mortis causa*, *diversos* de la manumisión, aplicado por los bizantinos como una regla de interpretación: tesis rechazada por MASI, al entender que ello no se deduce de los textos examinados, ya que los compiladores no sólo *no* han resuelto, sino que *no* han afrontado el problema de la aplicabilidad de dicho principio a otros actos *mortis causa* distintos de la manumisión, cuando la condición a ellos apuesta hubiere faltado por circunstancias extrañas a la voluntad del gravado.

B) CRÍTICA BAJO EL PERFIL FORMAL.—Bajo dicho perfil cabe hacer algunas observaciones que creo dignas de atención. La *primera*, ya derivada del propio título («estudios»), consiste en la que cabría llamar falta de conexión entre los distintos apartados de la obra, que parecen no obedecer a ninguna idea directriz común. La *segunda* radica en la manera de redactar o estilo propio del autor, consistente en frases con duplicidad de negaciones, incisos, segundones, además de remisiones a otros lugares, anteriores o posteriores de la obra, lo que no contribuye a la claridad precisamente. La *tercera* obedece al enfoque de cada cuestión, presentando opiniones de otros autores con gran argumentación, para despachar el tema a renglón seguido, sin más, en sentido totalmente contrario: Parece *como si* se hubiera desarrollado el tema objeto de la obra a partir de las opiniones de VASSALLI, GROSSO y DONUTATI, para decir todo lo contrario. La *cuarta* es la ausencia de unas claras conclusiones, claras al fin del capítulo primero de la Parte Primera, que se ofrecen en el capítulo cuarto de dicha Parte; lo mismo cabe decir respecto del capítulo tercero de esta Parte, que acaba sin pena ni gloria, y respecto de cada fin de capítulo en la Parte Segunda, y aun en el final de la obra.

C) CRÍTICA BAJO EL PERFIL DE FONDO.—Una *primera* advertencia es la antes apuntada respecto al aspecto formal, de la desconexión entre los apartados de la obra, es decir, el enfoque cuando menos fraccionado del tema, cuya complejidad y riqueza de matices impondría un rigor conceptual y un método sistemático en la exposición. La *segunda*, ligada a la precedente, es la aparente falta de dogmática moderna con la que cada autor se acerca al Derecho romano—en la feliz frase de BETTI—, lo que deja al lector con la duda de cuál sea la noción que el autor tiene de la *condición*, de su modo de funcionar, de las ficciones de cumplimiento, de la eficacia retroactiva, etc. La *tercera* advertencia es que, dada la ósmosis que hoy tenemos entre las distintas investigaciones en

el actual Derecho privado, en el que cabe incluir los estudios romanísticos, ni siquiera aparece un *concepto* de condición en toda la obra, que se da por sobreentendido; ¿cómo desconocer hoy la aportación fundamental de la obra de FALZEA? (10). Sin embargo, no aparece citado ni una sola vez, ni ningún otro civilista. Este hecho tan revelador no puede menos de suscitar perplejidad y debe cargarse en el *debe* del autor: es palmaria hoy en día la necesidad de acudir a los moldes de la dogmática moderna ante las imprecisiones en la investigación romanista. La *cuarta* observación es que, en tema de negocios «inútiles», la interpretación de DI PAOLA (11) me parece preferible a la utilizada por el autor, y lo mismo cabe decir acerca de las llamadas *leges perfectae* y en tema de donaciones entre cónyuges. La *quinta* advertencia es que en la exposición se relacionan un supuesto tras otro, sacados de las fuentes, sin la menor sistematización ni encuadre dentro de cada institución o de cada rama del Derecho privado: todo ello dificulta enormemente al intérprete la labor de síntesis al terminar la lectura de la obra. La *sexta* observación es que hay una gran profusión de datos y argumentaciones ajenas, luego desechadas, que en buena lógica y con una mínima ayuda de un correcto enfoque dogmático del tema no habrían sido necesarios. La *séptima* observación y última, que se deriva de las precedentes, es que nos quedamos sin saber *cómo era* el fenómeno condicional en Derecho romano, ni sus caracteres, ni su funcionamiento, ni sus límites.

III) RESUMEN

Cabe sentar algunas conclusiones, tras lo expuesto: 1) Que los defectos formales y de fondo de la obra vienen impuestos a MASI por agrupar varios «estudios», en vez de obtener una doctrina unitaria y con enfoque metodológico actual. 2) Que la brillantez de argumentaciones no va pareja con unas claras ideas a modo de conclusión. 3) Que la obra puede servir muy bien para una *reelaboración* del tema, en base a un enfoque dogmático actual, que permite un método más riguroso. 4) Que las *sugerencias* son numerosas, tanto como son todavía los problemas dignos de estudio sobre la condición aún sin solución: entre ellas, la secuela a la idea justiniana sobre la intransmisibilidad de los legados condicionales, las cuestiones planteadas por las ficciones de cumplimiento de la condición, los problemas que origina la eficacia retroactiva de la condición cumplida, entre otros varios. 5) Que el tema de la condición en Derecho romano, objeto de este libro que comentamos, es importante y trascendente, y no tenemos más que comprobarlo con una ojeada panorámica de lo que se escribe por nuestros civilistas acerca de la condición—o de las relaciones obligatorias condicionales, o bien de las instituciones hereditarias condicionales—, en las que no aparecen las más mínimas referencias a lo que debiera ser el *sustratum* de la doctrina actual, o sea las nociones romanas sobre el particular. 6) Que son indudables las dificultades para llegar a elaborar toda una *teoría unitaria* acerca de la condición en Derecho romano, ya que ello presupone una depurada técnica en la concepción del negocio jurídico romano; quizá sería más útil el intento de profundizar en el estudio de determinadas instituciones o sectores del Derecho. 7) Que, habida cuenta de todo lo dicho, parece que la obra de MASI es en verdad aprove-

(10) *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1941

(11) Véase en esta Revista mi recensión a su obra *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in Diritto romano*, núm. 477, págs. 596 ss.

chable, dadas la utilidad de los resultados obtenidos y la experiencia acumulada a favor de los estudiosos futuros del tema, entre los que creo debieran incluirse a los privatistas, que hasta la fecha no fueron muy locuaces en este punto' (12).

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario

METRO, ANTONINO: *L'obbligazione di custodire nel Diritto romano*. Milán. Ed. Giuffrè, 1966; 226 págs.

I) EL TEMA OBJETO DE ESTA OBRA

En otro lugar he dicho (1) que no suele ser usual el encontrarnos frente a una obra de un romanista en la que se estudie en profundidad un instituto o se induzcan de él conceptos de carácter general válidos para la doctrina privatística, pero que gracias a la labor del Instituto de Ciencias Jurídicas, Económicas, Políticas y Sociales, de la Universidad de Messina, estos hechos se vienen produciendo con agradable frecuencia. Esta nueva obra publicada por el citado Instituto prueba claramente mi precedente afirmación.

Antes de entrar en el análisis de la obra a comentar, parece conveniente aludir a la orfandad en que se encontraba la ciencia del Derecho respecto a la denominada «obligación de custodiar», con alguna excepción (2). Es, pues, un gran mérito del autor el haber afrontado decididamente su trabajo y, con ello, haber posibilitado profundizar en este punto a los futuros estudiosos de la cuestión.

El tratamiento dado por el autor al tema objeto de su investigación es realmente moderno y con un inevitable enfoque dogmático, como el propio METRO reconoce y trata de justificar (3). Divide la obra en dos grandes partes: en la primera trata de la «custodia» en las fuentes, y en la segunda estudia la obligación de custodiar en los diferentes textos romanos. La pormenorización de este análisis nos lleva a distinguir ambas partes en el mismo orden de su exposición:

La Parte Primera comienza con el examen de las distintas acepciones del término «custodia»; sigue con el estudio del significado etimológico y del vulgar y aplicaciones jurídicas de éste (*custodia ventris y custodia partus*). Pasa luego a estudiar el significado de la custodia como *potestas rei* y las relaciones entre custodia y posesión, el elemento del *corpore possidere* y la conservación de la posesión, los supuestos de adquisición de la posesión y los casos de *missiones in possessionem*. Finaliza esta Parte Primera con las conclusiones acerca de las acepciones de «custodia» en las fuentes y su confrontación con una serie de conceptos afines (*observatio, administratio, vigilantia, cura*).

La Parte Segunda principia con el planteamiento del problema de si realmente el Derecho romano conoció o no una «obligación de custo-

(12) Véase por todos VALLET, "Donación, condición y conversión jurídica material". ADC, 1952, pág. 1237; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, págs. 530 y ss.

(1) Recensión a DI PAOLA (*Contributi ad una teoria della invalidità e della efficacia in Diritto romano*) en esta Revista, núm. 477, pág. 596.

(2) Así: KRÜCKMANN, "Custodia", en ZSS, 64, 1944, pág. 1. BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milán, 1940. Entre nosotros, RIERA AISA, voz "Custodia", en NEJ, Seix, Barcelona, 1954, pág. 176.

(3) A ello aludo en el apartado III de esta recensión.

diar». Continúa con el estudio del significado de «custodia-responsabilidad» y de su homónima actividad y las relaciones entre ambos conceptos. Pasa después a examinar los casos particulares de la llamada «actividad custodiente» y su aparición en algunas relaciones contractuales, cuales las de depósito, *comodato*, *locatio-conductio*, prenda y compraventa. Tras hacer un breve resumen de los resultados obtenidos en orden al «Derecho clásico», finaliza la obra con el examen del «Derecho justiniano» en sus textos, y en especial sobre la *diligentia* y el depósito.

II) EL CONTENIDO DE LA OBRA Y SU DESARROLLO

Si algún lector pudiera pensar que el tema carece de interés actual, un repaso detenido de los puntos tocados por el autor y que he detallado en el apartado precedente le sacará rápidamente de tal error. Estas aportaciones romanísticas evidencian cuánto de rutina y moldes prefijados hay en nuestro Derecho privado actual, y muestran claramente la necesidad de acudir a las fuentes con una mente ágil y que actúe con ideas modernas sobre los orígenes del Derecho. Es obvio que en esta panorámica de la obra a comentar no puedo entrar a un estudio en profundidad del tema y de los puntos con él en conexión, y que la exposición que hago es muy personal y dependiente de cuanto para un jurista práctico ha supuesto su lectura meditada. Los puntos dignos de estudio y atención son los siguientes:

En la Parte Primera, es la precisa determinación del término «custodia» la que circunscribe exactamente la extensión de la obligación de custodiar; el término «custodia» aparece en las fuentes con significado plurívoco; son inoperantes los sentidos metafórico, metonímico, etimológico y vulgar, pese a las diferentes aplicaciones jurídicas de este último.

Un detenido análisis del significado de la custodia como *potestas rei* le permitirá fijar la relación entre custodia y posesión, y ver si aquella es o no una fracción o componente de la posesión, fijar el rol de la custodia en la problemática de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, y fijar, finalmente, la relación conceptual entre custodia y detentación, estableciendo si la custodia puede configurarse de manera diversa, ya de la posesión, ya de la detentación, ya de un tercer grado distinto a ellas dos.

En tema de *conservación* de la posesión analiza el elemento del *corpore possidere*, cuya cesación plantea el problema de cuál debe ser la relación material entre la cosa y el poseedor que quiera conservar la posesión de ella; cabe entender tal elemento en manera atenuada, y en tal sentido viene a identificarse con la «custodia». Examina el texto fundamental, D. 41.2.3.13, en orden a la conservación de la posesión de cosas muebles, excepto esclavos, el cual no exige la materia detentación de la cosa, sino que basta la potencialidad de ella llamada «custodia». De ello deduce que cabría hablar del *corpore possidere* en dos sentidos, uno estricto (*de facto*) y otro lato (*de iure*), y en este segundo sentido también la «custodia» es *corpore possidere*. Encuentra una confirmación a su tesis en otros textos (D. 41.2.47; Gai. 2.67; D. 41.1.5.4; D. 41.1.3.2 v 5 pr.) relativos a la pérdida de la posesión y a la posesión de las abejas y de animales amaestrados, en que el principio es siempre el mismo: la cesación de la custodia determina la cesación de la posesión; la regla dictada *favore possessionis* de que dichas animales se entienden poseídos aun habiendo salido temporalmente de la custodia, sobre la base de la *consuetudo revertendi*, no es una excepción, sino confirmación al principio general citado. Tras lo cual intenta definir la «custodia», a los efectos de conservación de la posesión, diciendo que es «la

posibilidad objetiva de aprehensión física de la cosa, o sea, sustancialmente, la presencia de la misma cosa en la esfera de disponibilidad material del sujeto». Esta disponibilidad, en cuanto a los animales, está sujeta a una doble condición: que estén *in conspectu* del sujeto y, al mismo tiempo, que no sea difícil su *persecutio*; para las cosas muebles, es suficiente—exigencia mínima—que la cosa *permanezca* al alcance de la percepción sensorial del poseedor. Las dos excepciones de las fuentes, respecto a los animales y a los esclavos, no son más que confirmaciones a la regla general.

En orden a la *adquisición* de la posesión, parte del hallazgo obtenido anteriormente diciendo que la custodia—en su acepción de *potestas rei*—se entiende como «la más amplia relación entre el sujeto y la cosa, que es, no obstante, suficiente para representar el elemento material de la posesión y, por tanto, para consentir la continuación de la situación posesoria». Esta idea es aplicable a la adquisición de la posesión, ya que los juristas romanos admitieron en numerosos supuestos la adquisición de la posesión *prescindiendo* de una aprehensión material. Es la misma *ratio* antes vista: se considera suficiente una situación más genérica que la aprehensión material, situación representada por el ingreso de la cosa *sub custodia* del adquirente. Examina el autor los más significativos casos de adquisición de posesión en las fuentes, aunque en dichos textos no se hable expresamente de «custodia»; la traslación de la cosa al domicilio del adquirente ausente (D. 41.2.18.2), la *traditio clavium* (D. 41.2.1.21; D. 41.1.9.6; C. 4.48.2.1; D. 18.1.74), la colocación de la cosa a presencia del adquirente (D. 41.2.1.21; D. 46.3.79; D. 41.2.51), la adquisición de la posesión del tesoro (D. 41.2.3.3), la *signatio* de mercaderías (D. 18.6.1.2; D. 18.6.15.1), la adquisición de la posesión de animales (D. 41.1.55; D. 41.1.5.1; Inst. 2.1.13) y de inmuebles (D. 41.2.3.1, D. 41.2.41; D. 46.3.79).

Insiste METRO en que el rol que juega la custodia en cuanto a la *conservación* y a la *adquisición* de la posesión había sido totalmente olvidado por la doctrina. En los textos examinados por el autor las fuentes aclaran el concepto de custodia en la particular acepción de «poder sobre la cosa»: esta «custodia» no puede ser configurada como un tercer elemento constitutivo de la posesión, ya que como *potestas rei* entra en el elemento material, ni tampoco es genéricamente fundamento de la posesión mobiliaria. Para poder determinar, pues, el verdadero rol de la «custodia» en la posesión habría que partir del estudio realizado por el autor sobre la *conservación* de la situación posesoria: considerada suficiente una disponibilidad de hecho que pudiese transformarse en aprehensión material, esta situación es llamada precisamente «custodia» y encuentra posibilidades de aplicación para la conservación de la posesión de todas las cosas muebles, excepto esclavos. Estas mismas ideas son aplicables a la *adquisición* de la posesión, en la que se considera suficiente el ingreso de la cosa en la esfera de disponibilidad del sujeto. Todos estos textos relativos a la *posesión* en que la «custodia» es configurada como *potestas rei* constituyen el fondo común en que encuentran lugar y se explican en visión unitaria todas las decisiones de los juristas clásicos sobre posesión faltando el *corpore possidere*.

El examen de los textos sobre la *missio in possessionem* permite al autor aclarar el significado de la *detentación* y fijar las relaciones recíprocas entre los tres conceptos: posesión, detentación y custodia.

Concluye METRO esta primera parte de su investigación resumiendo los resultados obtenidos en orden a las *acepciones* de custodia: la vulgar (como cuidado o vigilancia, o como detentación), la de poder sobre la cosa (con vasta aplicación en la posesión) y la de responsabilidad. La coordinación de estos tres significados habría sido un notable éxito y le

habría dado unidad al concepto de custodia, pero ello no es posible. Parece probable que el significado *originario* de la palabra fuera el sentido vulgar, y de él, por traslación, se pasase al sentido de «custodia-poder» o al significado fundamental de «custodia-responsabilidad».

La Parte Segunda, dedicada a la «obligación de custodiar», la comienza el autor planteándose el *problema central* de su estudio: el de si el Derecho romano conoció o no una «obligación de custodiar» o, cuando menos, si presenta o no situaciones jurídicas que los modernos podamos calificar recurriendo a tal concepto. Parece seguro decir que «obligación de custodiar» quiere decir *obligación que tiene por objeto la custodia*: con lo que las varias acepciones vistas en las fuentes no son todas utilizables, por lo que cabe ya excluir todos los textos sobre conservación de la posesión. El actual concepto de «obligación de custodiar» se debe a la doctrina privatística, y sólo en términos modernos cabe entenderla. Quiere decir, sustancialmente, «obligación de desenvolver una actividad cautelar tendente a la conservación de una cosa. Además, de otro lado, el problema *no* se plantea genéricamente, sino tan sólo en aquellos contratos en que hay una detentación de una cosa ajena y, por tanto, una obligación de restitución: ello le permite excluir los textos sobre la actividad vigilante (*custodia ventris*, etc.); a su vez, dentro del ámbito de tales contratos no se habla en las fuentes de custodia en el sentido de «actividad», sino más bien en el de «responsabilidad» a la que la custodia da el nombre. Lo cual hace necesario el estudio de la responsabilidad por custodia y su homónima actividad.

El tema de la *responsabilidad por custodia* es uno de los pilares de la investigación. En su detenido estudio cabe diferenciar *tres aspectos*: el del nexo entre responsabilidad y actividad, el de su planteamiento abstracto y el de la configuración de dicha responsabilidad. Veámoslos:

a) *El punto relativo al posible nexo entre responsabilidad y actividad*.—Se trata de si la responsabilidad brota o no de la falta de actividad custodiente, es decir, que nacería del incumplimiento de una «obligación de custodia». La idea vendría corroborada por consideraciones de tipo semántico (el darle ese nombre de «custodia» y no otro a tal forma de responsabilidad) y por la dicción de una serie de textos (D. 13.6.19; D. 19.2.41; D. 19.1.31 pr. y D. 13.6.5.6) en que con la expresión *custodiam praestare*, parece aludirse a una actividad de vigilancia; pero, de otro lado, tal idea puede rechazarse en base a otra serie de textos distintos relativos al depósito (D. 16.3.1 pr.; D. 16.3.6; D. 16.3.1.35) y otros (cuales D. 13.6.5.10 y D. 13.6.10.1) en los que la responsabilidad por custodia está desligada de una subyacente actividad de vigilancia. Todo este despliegue de textos permite al autor afirmar que «los juristas clásicos admitieron la responsabilidad por custodia sobre la base de una valoración concreta de cada supuesto, inspirada en un criterio general utilitario (la llamada *utilitas contrahentium*), lo que explica que se aplicase o no, según los casos, en un determinado contrato, y confirma se trata de un problema de riesgo, independiente de la actividad desenvuelta por las partes en la ejecución del contrato mismo». Para el autor cabe determinar así *dos puntos* esenciales: uno, que las leyes de la semántica hacen necesario subsista un nexo entre «custodia-vigilancia» y «custodia-responsabilidad» que justifique la denominación de esta última, y otro, que hay que excluir que tal nexo se halle en una relación de causalidad.

b) *Planteamiento abstracto de la relación entre «custodia-actividad» y «custodia-responsabilidad»*.—La cuestión reside en que si la responsabilidad por custodia está sustancialmente *fundada* sobre un reparto de riesgos que aparentemente nada tiene que ver con la concreta actividad de vigilancia, ¿cómo explicar la *denominación* dada a esta forma de

responsabilidad? La doctrina dice que si el sujeto responde por custodia *no es porque no ha custodiado* materialmente la cosa, ya que no cabe ligar la actividad y la responsabilidad entre sí bajo el perfil de la aplicación concreta a un caso. Por lo cual la *relación* entre ambos conceptos debe situarse en un plano de abstracta verosimilitud. El autor se apoya en algunos textos muy debatidos acerca de su genuinidad (D. 13.6.19 y D. 19.2.41), partiendo de la posición de JULIANO e indagando la posible motivación de que *negase* la responsabilidad del comodatario por daño causado por tercero en la cosa custodiada. El autor, dada esta base de partida, limita la responsabilidad por custodia a los eventos que verosímilmente logra evitar una diligente custodia, y, por tanto, *excluye* el daño en la cosa: porque el argumento dado por JULIANO refleja perfectamente la mentalidad de su tiempo. Ahora bien: esta solución negativa sufre una *evolución* posterior, al tratar MARCELO de extender la responsabilidad por custodia al daño y a la *rapiña* y *lo hace no* en base a la evitabilidad o no de tales eventos, *sino con un artificio técnico*: advierte que si la responsabilidad por custodia está fundada en el *perecimiento* de la cosa, indudablemente se extiende al daño y a la rapiña, ya que estos eventos determinan tal perecimiento. La consecuencia principal de este ensanchamiento de la concepción *clásica* está en la extensión al responsable por custodia de la legitimación activa de las acciones que brotan de los eventos de que debe responder.

c) *Configuración de tal responsabilidad por custodia*.—En el Derecho *clásico* aparece la llamada responsabilidad por custodia en una serie de supuestos teniendo siempre una naturaleza *objetiva*, o sea, se trata de una responsabilidad *sin culpa*, caracterizada por el *hecho* de que al deudor vienen imputados determinados eventos—típico, el hurto de la cosa—sin ninguna investigación acerca de su diligencia al custodiar la cosa a él confiada. La sola alternativa a tal responsabilidad es la responsabilidad por dolo. De esta configuración tradicional disiente BETTI (4), que cree que «la actividad de custodia constituye—en la configuración de la homónima responsabilidad—un punto de referencia, pero entendida típica y abstractamente, sin ninguna referencia a cada uno de los supuestos de hecho...», la responsabilidad objetiva es una cualificación equivocada... aquí la culpa no es completamente irrelevante, sino que viene valorada típicamente, sobre la base de la situación objetiva...». Ello no obstante, METRO prefiere seguir y conservar la denominación tradicional de responsabilidad objetiva, rechazando la tesis de BETTI, pues en sustancia viene a proponer de nuevo—aplicándola al Derecho romano—la vieja teoría de la «presunción absoluta de culpa», teoría que se resuelve en un mero artificio, pues en aquellos casos en que se habla de «responsabilidad objetiva» nos hallamos frente a una atribución de riesgos y no frente a una presunción de culpa.

Después de estudiar con esta profundidad el tema de la «responsabilidad por custodia», pasa a examinar la *actividad* custodiante en algunas relaciones contractuales, con el propósito de darles una calificación jurídica adecuada. Trata de determinar si viene a ser la manifestación de un poder sobre la cosa, o bien del contenido de una carga, o bien, directamente, de una verdadera y propia obligación.

Estudia los contratos de depósito, *comodato*, arrendamiento, prenda y compraventa. Seguimos su orden, pero no con el detalle del análisis:

1) *Depósito*.—En el Derecho romano es un contrato de posición muy especial: de un lado, en la mayoría de los casos, *no* comporta una responsabilidad por custodia, pero, de otro lado, en él es donde más intere-

(4) Véase *Istituzioni di Diritto romano*, 2, 1, Padova, 1962, pág. 353

sa la custodia entendida como vigilancia, que directamente constituye la causa del mismo. Para el autor, hay base para afirmar que el depositario tiene la «obligación de custodiar» la cosa depositada en algunos textos (D. 16.3.6 y D. 16.3.1 pr. y P. Sent. 2.12.3), en contra de la tesis de algún romanista (BONIFACIO), que cree que tan sólo tiene la obligación de restituir la cosa y no es tenido a ninguna actividad. Examina el D. 16.3.1.38 y el D. 16.3.1.25: recuerda cómo al lado de la fórmula *in factum* hay otra de buena fe o *in ius concepta*, y entre las varias actividades del deudor relevantes a la luz de la segunda de tales acciones también entra una cierta actividad custodiente; en cuanto al supuesto de que el depositario haya vendido la cosa, luego la readquiera y a continuación ésta parece (en el segundo texto citado); ULPiano sanciona la responsabilidad del depositario, lo que para el autor prueba que es tenido a observar determinados comportamientos según la buena fe.

Es en tema de depósito que METRO hace un inciso para aludir al interesante punto de la *dogmática moderna ante el Derecho romano* (5), recogiendo la cita de BETTI (6) de que «es inevitable que el jurista moderno se acerque al Derecho romano con la propia preparación y la propia *forma mentis*, forjada sobre la base de problemas planteados según una cierta dogmática, de la que, por tanto, no le es posible .. prescindir». Entiende METRO que ello necesita de cierta cautela para evitar que, dada una discordancia entre la sustancia a definir y la forma usada para la definición, se pierda de vista la real esencia de los institutos del Derecho romano cual resultan del panorama de las fuentes a nuestra disposición. Por todo lo cual, añade, si se quiere hablar de «obligación de custodia» del depositario, hay que *partir* de la definición de ella dada por la dogmática moderna, para luego confrontarla con la realidad emergente de los testimonios de las fuentes; solamente si el concepto moderno se prestase exactamente a definir tal realidad sería útil mantener la terminología corriente, y, caso contrario, habría que abandonar la terminología tradicional. Ahora bien: la doctrina moderna, BALBI (7), aun observando que el contenido concreto del «comportamiento custodiente» *no* puede ser preventivamente definido de manera absoluta, ya que está condicionado al lugar en que se expresa, a la naturaleza de la cosa, etc., considera imprescindiblemente *comprendidas* en él las siguientes *actividades*: una, la conservación y protección de la cosa, para evitar la sustracción y alteraciones de la misma, y otra, el mantenimiento del estado de uso, es decir, de la aptitud de la cosa para ser usada.

Desde este punto de vista, y a la luz del famoso pasaje de GAIUS (3.207), cabe *excluir* que en Derecho romano sea configurable una «obligación de custodia» del depositario teniendo la misma extensión que le atribuyen los modernos. Siendo irrelevante la actividad de tutela de la cosa respecto de terceros—que es el contenido *típico* de la «custodia» modernamente entendida—, parece al autor que es *inoportuno* seguir hablando de «obligación de custodia», cuyo concepto moderno es de una extensión tal, que desnaturaliza la realidad del instituto delineada en las fuentes.

2) *Comodato*.—Si en el depósito la causa del contrato es precisamente la «custodia» de la cosa, en el *comodato* la cosa es transmitida para ser usada. Aquí es diverso el planteamiento: el problema está en ver si, al mismo tiempo, el comodatario está obligado a custodiarla. Ninguna solución nos ofrecen las fuentes. De ahí que al autor le parezca

(5) Una intuición del problema puede verse en mi recensión a la obra de DI PAOLA, citada en la nota 1.

(6) Véase «Diritto romano e dogmatica odierna», en AG. 99, 1928, pág. 148.

(7) Véase *op. cit.* en nota 2, págs. 15 y ss.

preferible opinar que el problema sólo cabe afrontarlo *dentro* del cuadro de los principios generales reguladores del contrato en examen; la solución no es difícil y resulta implícitamente de lo dicho respecto a las relaciones entre «custodia-vigilancia» y «custodia-responsabilidad»: el comodatario *no* está sujeto a ninguna obligación en orden a la custodia de la cosa a él confiada. Excluido que sea admisible una «obligación de custodia» entendida en el sentido moderno, cabe con todo preguntarse si—como en el depósito—la «custodia» entra dentro de los comportamientos a que el deudor es tenido *ex fide bona*: lo que también niega. El comodatario solamente soporta el riesgo de la verificación de algunos eventos, que pueden ser facilitados indudablemente por la omisión de la vigilancia de la cosa.

En este lugar alude METRO a una conocida figura de la dogmática moderna, que cree utilizable a los fines de su trabajo: la de *carga* (*oneris*). Habla de ella la doctrina actual (8), no sólo en el caso en que un sujeto tenga interés en tener un determinado comportamiento con finalidad de llegar a un cierto resultado útil, sino también cuando tenga el mismo interés con finalidad de evitar una consecuencia perjudicial. Por ello entiende METRO que dicho concepto tiene un campo más vasto de actuación en el Derecho romano que en el Derecho moderno, como correspondiente a una más restringida aplicabilidad en aquél del concepto de «obligación». Encuentra que las características diferenciadoras de la «carga» respecto de la «obligación» radican en que la «carga» comporta una actividad desenvuelta en interés propio y que, caso de violación de la norma, ello no se considera como un acto ilícito.

Es precisamente en el *comodato* donde se revela aprovechable la aplicación de la idea moderna de «carga» a la situación del comodatario romano.

3) *Locatio-conductio*.—Respecto a la *locatio operis*, la asimilación al comodato es casi perfecta, lo que comporta idéntica solución.

Respecto de la *locatio operarum*, que no comporta transferencia de la detentación de una cosa, al cesar la exigencia de la custodia, no tiene razón de ser el problema cuestionado: con la salvedad de la extraña figura del *depósito retribuido* (D. 16.3.1.8 y D. 19.2.40), al que cabe aplicar la solución del comodato y de la *locatio operis*.

Respecto de la *locatio-conductio rei*, la cuestión prejudicial, es la de si cabe aplicar al *conductor rei* la responsabilidad por custodia: la doctrina dominante así lo hace, aunque el autor diferencia según se trate de cosas *muebles* (reconducida al *comodato*) o de *inmuebles* (negativa), y en el segundo supuesto cree idónea también la figura de «carga» para definir la posición del deudor respecto a la custodia de la cosa.

4) *Prenda*.—La dificultad aquí es prejudicial sobre si es o no aplicable a este contrato la responsabilidad objetiva por custodia, dada la existencia de textos antitéticos en las fuentes. Observa METRO dos periodos en la historia del derecho de prenda: en el *primero*, tutelado bajo una fórmula *in factum concepta*, sólo se considera la falta de restitución, y no cabe hablar de obligación de custodiar la cosa (aplica la idea de «carga»); en el *segundo*, tutelado bajo una fórmula *iudicium bonae fidei*, se coloca en primer término la relación acreedor-deudor (en lugar de la relación directa acreedor-cosa), encuadrada entre las figuras con-

(8) Así, MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, pág. 52. PUGLIATTI, voz "Auto-responsabilità", en *Enc. d. Dir.*, 4, pág. 455; PALERMO, voz "Onere", en *NNDI*, 11, pág. 915; GIORGIANNI, *La obbligación*, trad. de Evelio Verdera, Bosch, 1958, pág. 28. BÉTTI, en *Ist. Dir. rom.*, cit., 1, pág. 36; *Dir. rom. e dogmatica odierna*, cit., pág. 33. *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. Ed. RDP, 1959, págs. 85 y ss. y *Teoría general de las obligaciones*, traducción española, RDP, 1969 (pero de 1953), pág. 290.

tractuales que admiten la responsabilidad por custodia, y hay un interés del acreedor en evitar quedar sujeto a la responsabilidad por custodia (aplicable la idea de «carga»).

5) *Compraventa*.—Aquí el problema se plantea bajo una perspectiva nueva: respecto del vendedor, para el período de tiempo anterior a la tradición de la cosa, en cuanto a una «res» que todavía es de su propiedad, pero que debe ser transmitida a la otra parte en base al contrato. Trata el autor de los dos problemas de la responsabilidad por custodia del vendedor y del encuadre histórico de la máxima *periculum est emptoris*. Sigue la opinión dominante, que cree que el reparto de riesgos se haría así: hasta la *traditio* el vendedor es responsable por custodia, pero el riesgo inherente a los casos fortuitos recae sobre el comprador en base al principio *periculum est emptoris*. Por tanto, el problema de la «obligación por custodia» del vendedor *ante traditionem* viene resuelto en los mismos términos dichos para los otros contratos: *no existe* una actividad custodiente constitutiva de una «obligación».

Hace METRO un resumen del Derecho clásico en el sentido de que: 1) El problema de la «obligación de custodia», sea como obligación fundamental (depósito), sea como obligación accesoria (*comodato*, locación), *es postulable en abstracto* en Derecho romano para todos aquellos contratos caracterizados por la detentación de una cosa ajena en vista de su restitución, además del caso visto de la compraventa *ante traditionem*. 2) En concreto, el problema *no cabe* resolverlo en sentido afirmativo, pues el Derecho romano conoce y aplica una especie de responsabilidad *objetiva* denominada «custodia», teniendo por objeto eventos (hurto y daño de la cosa) evitables en abstracto mediante una actividad de vigilancia, pero que son a cargo de quien detenta una cosa ajena en base a determinados contratos *prescindiendo* absolutamente de toda actividad custodiente. Cabe sólo recurrir al concepto de «carga» de custodia, en cuanto que la vigilancia es confiada en sustancia al interés mismo del deudor.

Finaliza su investigación con un estudio del Derecho *justiniano*, en el que cambia completamente este cuadro, al subvertir este Derecho directamente las concepciones clásicas en orden a la *responsabilidad*: se crea un complejo sistema fundado sobre diversos grados de responsabilidad *subjetiva* (*diligentia*), los cuales encuentran alternativamente aplicación en varios contratos. Este cambio origina consecuencias de diversa naturaleza sobre los textos clásicos, los cuales, unas veces, son interpolados, y otras, vienen redactados con ligeros añadidos o correcciones. La «custodia» así entendida no deviene otra cosa que una aplicación de la *diligentia*, precisamente una *diligentia in custodiendo*, que no constituye un particular grado de diligencia, pero que entra en las usuales figuras de la Compilación justiniana. La *diligentia*, en sí y por sí considerada, *no* constituye una obligación, sino solamente un *criterio de valoración* de una determinada actividad; ello es exacto para la diligencia *genéricamente considerada*, pero no vale para la especial diligencia del deudor *en un contrato*, ya que aquí es la *relación obligatoria* la que da un contenido a la forma *diligentia*, especificándola respecto a las actividades exigidas al deudor en el concreto supuesto de hecho. Ahora bien: en determinadas relaciones la *custodia* es propiamente la más importante de estas actividades exigidas al deudor (conservación en vista a la restitución de cosa ajena detentada), operándose una *conexión* entre «custodia» y «responsabilidad» que legitima el recurso al concepto moderno dogmático de «obligación de custodia» (aplicable aun para el particular supuesto del depósito).

III) CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Con esta apretada exposición del contenido de la obra comentada cabe darse cuenta del interés de la investigación, incluso para los privatistas. Parece acostumbrado ofrecer algunas observaciones críticas o valoración que para el comentarista tiene esta obra. En tal sentido, y siguiendo un orden personal, distingo aquí varios aspectos: el formal, el de fondo y el del contenido:

— En el orden *formal*, la obra aparece escrita con gran claridad y precisión, siendo asequible e inteligible. La sobriedad en los conceptos viene acompañada del corolario del despliegue de textos, crítica de ellos, problemática de si hay o no interpolaciones, citas numerosas, aparato bibliográfico, etc. En tal sentido, es muy cuidada la investigación.

— En el aspecto *sustantivo*, *primeramente* habría que aludir al punto de la dogmática moderna ante el Derecho romano, ya que la *clave* de toda la investigación—como el propio METRO reconoce—es qué cabe entender por «obligación de custodia» actualmente, y si cabe darle una configuración unitaria, y entonces tratar de ver su aplicabilidad al Derecho romano; *en segundo lugar*, dado que el autor reconoce la necesidad y utilidad de acudir al Derecho romano con tal bagaje dogmático actual, cabría argüirle que sus consideraciones acerca de esta cuestión deberían figurar en cabeza de la obra y no como inciso en un lugar inadecuado al tratar del depósito (9), lo que implícitamente evidenciaría un enfoque metodológico impreciso cuando menos; *en tercer lugar*, se notan en falta unas cuidadas *conclusiones* al final de cada parte de la obra y como remate de ella, teniendo que ir las recogiendo de aquí y allá; y, finalmente, *en último lugar*, dado el presupuesto metodológico utilizado, no habría estado de más el aludir aun brevemente a la posible aplicabilidad al Derecho privado actual de los resultados obtenidos en la investigación.

— En orden al *contenido*, sería innumerable la serie de *cuestiones interesantes apuntadas* por METRO a lo largo de la obra, bien en el desarrollo principal del tema, bien en notas complementarias o aclaratorias; haciendo una síntesis de ellas, aludo aquí a las siguientes: la feliz intuición de que la *consuetudo revertendi* da lugar sustancialmente a una *fictio custodiarum* por el período de alejamiento de los animales (10); la alternativa propuesta para la posesión inmobiliaria de que, o bien el sujeto detenta materialmente, por sí o a través de otro, el fundo, o bien no lo detenta, lo que hace innecesario el concepto de «custodia»; la insistencia con que afirma que «el ingreso de la cosa en la esfera de disponibilidad material del sujeto equivale a la *adprehensio* y su corolario de que «los dos conceptos de 'disponibilidad material' y 'aprehensión física' no constituyen sino dos círculos concéntricos, aunque vengan a coincidir, ya que la primera no puede brotar más que de la segunda»; la importancia dada a la «custodia» en la esfera de la conservación y adquisición de la posesión; la *definición* dada a la «obligación de custodia» cual punto de partida para su investigación; la acertada crítica a la posición de BETTI en tema de responsabilidad por custodia y su encuadre como «objetiva», negado por el ilustre maestro (11); la síntesis

(9) Véanse págs 143 y ss. de la obra comentada.

(10) Véase, en este sentido similar, DUALDE, *La posesión civilísima*, 1959

(11) Sin embargo, el mismo BETTI en *Teoría general de las obligaciones*, trad. de DE LOS MOZOS, RDP., 1969, I, pág. 130 (pág. 116 del vol. I de la ed. italiana, fechada en 1953), nos dice que "en su origen la responsabilidad por custodia nació de una responsabilidad objetiva, dependiente del hecho de haber recibido la cosa." No obstante, la cita de METRO a que aludo en mi nota 4 pertenece a la obra de 1962. ¿Cambió o no de parecer el ilustre maestro? Eso parece.

de las posiciones modernas ante el depósito y la relación entre las obligaciones de conservación y de restitución; el reconocimiento de la necesidad de acudir a los moldes de la moderna dogmática ante las imprecisiones en la investigación romanista, con las citas de BETTI y CAPOGRASSI; el planteamiento evidente de que hay que *encuadrar* la actividad «custodiente», o entre las propias obligaciones, o como contenido de una «carga», o cual manifestación de un poder sobre la cosa; la feliz intuición de que cabe explicar la situación jurídica de custodia de cosa semejante refiriéndola al concepto moderno de «carga»; el brillante análisis de cada contrato a la luz de las ideas orientadoras de la dogmática moderna, etc.

— Como *resumen* de estos comentarios críticos, de *negativo*, un probable desenfoque, a mi juicio, metodológico, fácil de subsanar, y la carencia de unas conclusiones claras de los resultados obtenidos; de *positivo*, el haber desentrañado los significados de «custodia» como *potestas rei*, como responsabilidad y como actividad custodiente, la relevancia de la custodia en tema de posesión, la conclusión derivada de la dificultad de hallar un concepto unitario de «custodia», el correcto enfoque de los contratos examinados desde un punto de vista actual, y el hallazgo de la idea de «carga» como panacea para solucionar la problemática planteada.

IV) SUGERENCIAS DERIVADAS DE ESTA OBRA ROMANISTA (LA OBLIGACION DE CUSTODIA ANTE NUESTRO ACTUAL DERECHO CIVIL)

La *primera* podría ser la más eficaz, refiriéndome a la necesidad de acometer un estudio profundo de este instituto, cuyo primer paso fuera la meditación serena de la obra de METRO y su contraste con nuestro Derecho. Es obvio la carencia de estudios sobre el particular, como antes dije, fuera de algunos *temas* de oposiciones entre Notarios al parecer inéditos. Por otro lado, el citado de RIERA AISA (en nota 2) es muy sucinto y adolece de ciertas imprecisiones.

La *segunda* es que, antes que proceder a una definición previa de lo que cabe entender por «obligación de custodia», parece preferible recorrer en extensión todos y cada uno de los distintos supuestos en que cupiera hablar de *actividad custodiente*. Resulta curioso que las alusiones de algunos autores al tema se hagan sin dar el concepto y sí haciendo una panorámica descriptiva de los distintos supuestos (12). En ánimo de agotar la materia, y como mero apunte de datos, creo cabe citar los siguientes casos en que existe una actividad de custodia sobre *personas y cosas*: a) *En el Derecho de Cosas*: respecto del propietario, en general, y en el caso especial del artículo 1.905 del Código Civil; en la copropiedad o condominio (¿será la custodia un acto de *administración*?); en la Propiedad Horizontal, artículo 9.º2 de la Ley de 1960; en los casos de posesión, usufructo, prenda y censos; en tema de hipoteca, en conexión con el punto relativo a la acción de devastación. b) *En el Derecho de Obligaciones*: respecto a la compraventa con tradición posterior a la perfección del contrato; en orden a contratos traslativos del dominio precedidos de un «período precontractual», como dice RIERA AISA; en contratos de cesión del uso de la cosa (arrendamientos, *comodato*, arrendamientos complejos, suministro. .); en los contratos de obra, bien con confección, bien con reparación de la cosa entregada al res-

(12) Así, en RIERA AISA, *op. cit.*, pág. 177. PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo II, vol. 2.º, 1956, pág. 441

pecto; en los contratos de prestación de servicios, en que la cosa se entrega (a un Abogado para un pleito, a un Notario para preparar la escritura, al Registrador para la práctica de la inscripción, etc.) no con fin de depósito, sino para realizar la misión a que el respectivo oficio obliga a quien la recibe; en los contratos en que la custodia aparece como prestación principal (depósito), y en los que figura como subordinada (transporte, edición, exposición, etc.), o independiente de la voluntad de las partes (depósito necesario u hospedaje, arts. 1.783-1.784, y su aplicación a otros supuestos no recogidos en el texto legal como son los albergues de sociedades deportivas, de colegios en régimen de internado, servicios de coche-cama o transporte marítimo, etc.); en el caso de gestión de negocios ajenos sin mandato; y en otra serie de casos en que, aun no existiendo relaciones contractuales (13), cabe hablar bien de «relaciones contractuales de hecho» (LARENZ), cuales son los llamados contratos de benevolencia o los casos en que la prestación de una parte es proporcionar simplemente a la otra un lugar donde poder dejar una cosa sin por ello adquirir la obligación de custodiarla. c) *En el Derecho de Familia*: en tema de dote inestimada y de parafernales entregados al marido; en orden a la patria potestad, en los bienes de los hijos administrados por los padres, artículos 159 y 160 del Código Civil, así como en el «poder» de guarda de los hijos; en tema de tutela; en el depósito de mujer casada, y en las precauciones adoptadas caso de viuda encinta. d) *En el Derecho de Sucesiones*: en tema de reservas; en la guarda y conservación de las distintas clases de testamentos; en tema de fideicomisos y legados; en el albaceazgo, etc.

La *tercera* observación o sugerencia es que, a la vista de la amplitud del fenómeno que comprende la llamada «actividad custodiente», el *contenido* de esta actividad es difícil de precisar y habrá que atender en cada caso concreto a la causa y circunstancias que originaron la obligación, sin poder fijar reglas concretas. Parece oportuno sentar un *principio general*, que podría ser el de que «el guardador debe emplear la diligencia normal según su profesión, oficio o posición, respecto de la cosa (o persona) custodiada, y en todo caso, la que emplearía un buen padre de familia» (14).

La *cuarta* observación es que las *consecuencias del cumplimiento o no* de la denominada «obligación de custodia» no dependerán de que se conceptúe como verdadera y propia «obligación» previa y dogmática, sino de cada supuesto, de cuál sea el origen de la actividad custodiente: en unos casos, habrá responsabilidad civil, contractual o extracontractual, con o sin la correspondiente obligación de indemnizar daños y perjuicios; en otros, habrá responsabilidad criminal; en otros, prestaciones subsidiarias o derivadas de la principal, etc. Sin dejar de tener en cuenta la posible aplicación de las ideas de caso fortuito, fuerza mayor, cláusulas de exoneración o disminución de responsabilidad, etc.

La *quinta* observación es la evidencia de la dificultad de *configurar* lo que hasta ahora llamábamos «obligación de custodia» y la conveniencia de sustituir el término por otro más adecuado (15). Porque, tras un somero repaso a los supuestos enumerados no taxativamente, cabe observar: en unos casos, es una *potestas rei*, en otros existe una verdadera y propia «obligación» en sentido técnico; en otros cabe ver una «carga», y en otros cabe hablar de un «poder» derivado de una posición familiar, oficio o cargo. Y en orden a lo que es el *contenido* de una tal obligación, si en unos casos es de carácter principal, en otros es sub-

(13) No me parece correcta la denominación de «extrajurídicas» que hace RIERA AISA, *op. cit.*

(14) RIERA AISA, *op. cit.*

(15) PUIG BRUFAU, *op. et loc. cit.*, habla de «obligaciones de custodia», sin mayores detalles y sin profundizar en este punto

ordinada o secundaria. Quizá pudiera darnos una luz la sutil distinción de Díez PICAZO (16), quien, al hablar de la obligación de conservación aneja a la obligación de dar, distingue entre un *dare traslativo* y un *dare restitutorio*: en el *primero*, la obligación de custodia (al transmitirse la propiedad con la entrega) significa que el deudor de la cosa no se libera si ésta se pierde o deteriora (art. 1.182 del C. C.) y que la obligación se perpetúa y transforma en la obligación de pago del equivalente pecuniario y, además, en la de indemnizar daños y perjuicios; en el *segundo*, la obligación de custodia viene absorbida por las relaciones jurídicas anteriores entre deudor y acreedor. Siguiendo esta posición de Díez PICAZO, tan sólo en los supuestos de un *dare traslativo* cabría hablar de verdadera y propia *obligación* de custodia. En consecuencia, habrá que estar a los términos de la ley—C. C.—o del negocio jurídico de que se trate, para determinar lo que subyace a la actividad custodiente.

La *séxta* observación es que el acento en la noción de una tal «obligación» de custodia debería ponerse más en la *actividad* que en el contenido de ella o prestación en sí misma, o, de otro modo, preguntarnos si no sería preferible hablar de «prestaciones de custodia» como término más adecuado para reflejar el contenido y configuración antes señalados. Parece, finalmente, conveniente rechazar la pretendida distinción entre «custodia» y «conservación» que hace RIERA AISA (17) siguiendo a OSTI (18), dado que no pasa de ser sino un innecesario conceptualismo. Así, pues, se conserva esta denominación tradicional, cuya base romana, clásica, hemos visto en la obra comentada.

Finalmente, la *séptima* sugerencia, obtenida por inducción de lo ya expuesto anteriormente, es que cabría intentar dar una *noción genérica* de las *prestaciones de custodia* diciendo que son «aquellas consistentes en el comportamiento a desenvolver por una persona respecto de otra persona o cosa, comprensivo de las actividades cautelares tendentes a la conservación y protección de la cosa (o persona) y al mantenimiento de su estado de uso».

V) CONCLUSIONES FINALES

Esta exposición precedente, aunque algo extensa, nos ha permitido comprobar: *primero*, la notable *importancia* de la obra comentada de A. METRO, reveladora de la innegable repercusión de los hallazgos romanistas en el actual Derecho privado; *segundo*, el enorme *contraste* observado entre las nociones del Derecho romano y el Derecho moderno sobre la custodia y su aplicación a ciertos contratos; *tercero*, que si para el Derecho romano cabe hallar un *principio general* válido en la noción moderna de «carga», para el Derecho privado actual *no* cabe reconducir el instituto estudiado a una idea única, ni aun en tema de contratos; *cuarto*, que la amplitud del contenido subyacente a las actividades custodientes hace aconsejable crear un nuevo término que podría ser el de «prestaciones de custodia», ampliamente comprensivo de innumerasbles situaciones custodientes, y *quinto*, que el «comportamiento custodiente» necesariamente debe desenvolver una actividad cautelar tendente, cuando menos, a la conservación de la cosa, lo que denota la característica «genérica» del mismo.

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario

(16) Véase *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, 1970, pág. 440.

(17) Véase *op. y loc. cit.*

(18) Véase "Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione", en RDCiv. 10, 1918, pág. 348.

SOTO NIETO, FRANCISCO: *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, volumen I. Edita: Revista de Derecho Judicial. Madrid, 1970.

La presente obra de SOTO NIETO consta de 32 capítulos o apartados, en los que vienen a recogerse materias propias de Derecho civil, mercantil, procesal, penal e hipotecario. El volumen es de 718 páginas, insertándose al final índices que facilitan el manejo de la obra y la búsqueda de conceptos.

Dentro de un primer epígrafe dedicado a la interrupción de la prescripción extintiva por actuación judicial, estudia dos causas fundamentales: 1.º, el ejercicio de la acción ante los tribunales; 2.º el acto de conciliación.

En cuanto a la primera de dichas causas de interrupción, se destaca la necesidad o indispensabilidad de que se haya ejercitado dicha acción y no otra que con ella pudiese tener mayor o menor analogía; no bastando para la originación de los efectos interruptores perseguidos con la simple presentación de la demanda, sino que, además, es preciso que ésta se halle revestida de una serie de requisitos formales que condicionan su admisibilidad y, por lo mismo, desprovista de aquéllos, deviene inoperante a los fines antedichos, quedando indemne el proceso prescriptivo en marcha; siendo, además, necesario que en el frente activo y pasivo de la declaración aparezcan aquellas personas a quienes afecta fundamentalmente el Derecho cuya prescripción está en juego, pues de lo contrario, según afirma el autor, aquella iniciativa de trascendencia judicial vendrá inoperante para segar el significado del tiempo transcurrido. Habla también de ciertas iniciativas procesales que en sus efectos se equiparan al ejercicio de la acción judicial, cuyo supuesto más frecuente viene representado por la interposición de la demanda de pobreza, naturalmente en aquellas hipótesis en que la misma precede a la demanda principal, pues cuando segunda a ésta, la fuerza interruptora viene atribuida a aquel escrito iniciador del proceso.

La segunda causa genérica de interrupción de la prescripción que nos ofrece es la que tiene lugar merced al acto de conciliación, para lo cual se precisa que la promoción del correspondiente juicio tenga lugar dentro de los dos meses siguientes a su celebración; refiriéndose igualmente al momento de la conciliación en que se produce la interrupción.

La propiedad horizontal ha llamado también la atención del autor al ofrecernos un detenido comenarío de la Sentencia de 21 de noviembre de 1968, respecto a la cual viene a destacar su importancia en cuanto roza un tema de acuciante actualidad en la temática de la propiedad horizontal, como es el relativo a la obligación de los propietarios de locales comerciales de contribuir a los gastos generales correspondientes a elementos o servicios en los que apenas o nada participan y abordar frontalmente otro tema engarzado de forma subordinada al precedente: la posibilidad de exclusión o minoración paccionada de tales contribuciones, consecuente a un clausulado estatutario previsor al respecto.

Aborda también otros puntos importantes dentro de la temática de esta propiedad especial; son los concernientes al señalamiento y significado de la cuota de participación asignable a cada piso o local; fijación de cuotas específicas de contribución y pactos especiales al respecto, llegando, por último, después de haber sentado conclusiones sobre los puntos indicados, al tema núcleo o base de la referida sentencia, en concreto, si los propietarios de locales comerciales vienen o no obligados a participar en los gastos generales derivados del sostenimiento del

servicio de portería, o sea si la portería constituye un servicio general del que se benefician incluso los locales comerciales. Sobre este tema, sienta la conclusión de que si nada se hubiese previsto sobre el particular, los locales comerciales contribuirán a esos gastos en la proporcionalidad derivada de su cuota de participación, pero con posibilidad de llegar al acuerdo, traducido en cláusula de los estatutos, conforme al cual los propietarios de locales o tiendas comerciales sitos en la planta baja quedan fuera de toda participación en los gastos de portería.

Un problema de gran envergadura jurídica es el que, comentando la Sentencia de 2 de julio de 1965, se nos ofrece en otro apartado: se trata simplemente de la «valoración de la sentencia penal en el juicio en el que se ejerce la acción civil dimanante del delito», o sea de que la sentencia absolutoria recaída en un juicio penal no prejuzga la valoración que de los hechos pueda hacerse en vía civil, pudiendo, por tanto, los tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven. Para la debida claridad expositiva, distingue los siguientes supuestos: a) declaración por sentencia firme de inexistencia del hecho; b) sentencia absolutoria del tribunal penal por causa distinta de la inexistencia del hecho; c) sobreseimiento libre o provisional de la causa criminal; d) sentencia condenatoria del tribunal penal, existiendo reserva expresa de la acción civil para su ejercicio independiente.

La discutida resarcibilidad de los daños morales es otro de los temas abordados por el autor, quien, partiendo de la distinción de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, habla, dentro de éstos, de los de rango moral puro y de los daños morales con repercusiones patrimoniales, llegando a precisar la estimación jurisprudencial de los daños morales y señalando al mismo tiempo los pronunciamientos jurisprudenciales más destacados estimativos de los daños de índole moral, concebidos en régimen de *numerus apertus*. Nos ofrece diversas sentencias, en las cuales parece que se tiende a favorecer el resarcimiento del daño moral en tanto que el mismo muestre una repercusión influenciante, más o menos inmediata, sobre la esfera económica, sobre la capacidad funcional del ofendido, e incluso resoluciones que son explícitas en proclamar la procedencia de la indemnización sin más base que el perjuicio moral mismo, en apreciación separada. Ahora bien: dadas las frecuentes pretensiones irrazonables por su infundabilidad o falta de comedimiento, es lógico que se impongan ciertas limitaciones al derecho de indemnización de los daños morales; por ello, Soto Nieto habla también de las personas comprendidas en el ámbito de afección y del supuesto de que sobrevenga la muerte del afectado; completando todo ello con la exposición de la doctrina jurisprudencial al respecto.

En torno a la prescripción de la acción indemnizatoria, y comentando la Sentencia de 8 de mayo de 1965, además del fundamento de la prescripción extintiva, nos pone en contacto con los siguientes puntos de relevante trascendencia en el orden jurídico, teórico y práctico: 1.º, cómputo del plazo de prescripción, con su secuela de supuestos de impedimentos, suspensión e interrupción de aquélla; 2.º, legal interferencia que para el desenvolvimiento y eficacia de la prescripción extintiva viene a suponer la pendencia de un proceso de índole penal; 3.º, especialidad que representa a estos efectos la tramitación de un expediente ante el Tribunal Tutelar de Menores cuando, en el ejercicio de la facultad reformadora, entienda de acciones u omisiones atribuidas a los menores, y realizadas antes de cumplir los dieciséis años, que el Código Penal o leyes especiales califiquen como delitos o faltas.

En otro apartado, dedicado a las «tendencias objetivas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», nos encontramos con el minucioso examen de ese hilo de resoluciones de nuestro Alto Tribunal, que va

jalonando el camino que conduce desde la más estricta concepción subjetiva de la responsabilidad a aquellas posiciones más dúctiles y realistas que, sin perder su conexión con la idea de culpa, abren sus ojos al soplo influenciante de las teorías objetivas, pero sin rendirse incondicionalmente a las últimas consecuencias de la mera causalidad externa.

En contacto íntimo con las nuevas consideraciones sobre el sistema de responsabilidad objetiva en la jurisprudencia y en la ley, complementando lo anterior, SOTO NIETO nos ofrece una síntesis del criterio objetivizador mostrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; estudia el génesis de la responsabilidad objetiva, explicando las razones justificativas de su aceptación, y expone, por último, los supuestos de responsabilidad comprendidos en el artículo 39 de la Ley sobre Uso y Circulación de vehículos de Motor, con el sentido de responsabilidad objetiva atenuada que incorpora.

Por otra parte, tras la promulgación por Decreto de 21 de abril de 1966 del texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, conteniendo preceptos de nuevo cuño desplazadores de la normación contenida en el artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, y 189 de su Reglamento, convenía llevar a efecto un somero examen de los preceptos más relevantes de esta importante disposición adscrita a la esfera laboral, pero íntimamente entroncada al proceder de la jurisdicción ordinaria en su doble versión civil y criminal; esto es lo que en suma viene a ofrecernos el autor en otro apartado encuadrado bajo el epígrafe de «las entidades y corporaciones de la Seguridad Social ante el accidente automovilístico».

De gran interés desalta también el estudio que nos encontramos sobre la conjunción de responsabilidad contractual y aquiliana incorporado a la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, en el que después de hacer unas consideraciones de tipo general, aborda el entronque unitario de las culpas contractual y extracontractual; ofrece las mismas notas diferenciadoras en lo conveniente a efectos jurídicos de una y otra modalidad culposa; trata de la indicada conjunción con la consiguiente numeración de supuestos excluidos de esa posible conjunción de responsabilidad, y termina con el transporte de personas, llegando dentro de ello a un punto neurálgico del problema que le ocupa: el del siniestro automovilístico originador de daños personales o materiales.

El delicado y tan discutido problema del valor jurídico de las abstenciones, o sea del silencio, su significación reducido a un problema de interpretación y sus relaciones con las diversas formas de manifestación de voluntad, completado todo ello con la exposición de la doctrina jurisprudencial española al respecto, es el tema que ocupa otro apartado.

Los caracteres de la novación modificativa de las obligaciones y su distinción de la novación propia o extintiva han merecido también un centrado estudio por parte del autor, quien nos ofrece un adecuado comentario sobre la importante Sentencia de 9 de mayo de 1963, concierne a la citada cuestión.

La vieja materia de la «simulación contractual», y dentro de ello, «donación encubierta bajo la forma de compraventa», rica, como dice SOTO NIETO, en floración jurisprudencial y preponderante atención doctrinal, instrumento de bastante arraigo entre los interesados para pretender ocultar sus verdaderos propósitos creando una especie de tipo simulación, compraventa encubierta de donación, que tanto quehacer motiva en los Juzgados, es otro de los puntos concretos de que trata, con una amplia gama de sentencias abarrotadas de esta problemática.

Continúa posteriormente con una exposición comparativa de los dos tipos de simulación absoluta y relativa, en torno a cada una de las cuales

viene a poner de manifiesto quién está legitimado para poner en juego la acción impugnadora del contrato simulado, recogiendo diversas sentencias del Tribunal Supremo concernientes a la referida legitimación activa, sobre la base de separar ambos tipos de simulación.

Con el arrendamiento de solares entramos ya en una de las materias de más copiosa jurisprudencia en los tiempos actuales. Da comienzo a este tema con el concepto de solar a efectos arrendaticios y su distinción del predio rústico; trata igualmente de la presencia conjunta de solar y elementos urbanos, partiendo de unas advertencias generales, para pasar después examen al arriendo simultáneo de solar y elementos urbanos, dentro de lo cual encuadra los dos siguientes epígrafes: a) solar y edificaciones habitables; b) solar y edificaciones no habitables. Otro tema de interés que aquí aborda es el de arriendo de solar y construcción ulterior de edificaciones en el mismo, a base de distinguir según que las construcciones sean realizadas por voluntad unilateral del arrendatario, o bien por acuerdo entre el arrendador y arrendatario.

En cuanto a las «interferencias» de la legislación urbanística en la ordenación arrendaticia urbana, partiendo de unas consideraciones generales sobre el significado y naturaleza de la ordenación urbanística, examina las más caracterizadas de esas interferencias; bien sea por aprobación de los planes de ordenación urbana, bien por inscripción de la finca en el Registro Municipal de Solares: desahucio administrativo; o bien, finalmente, por costeamiento de las obras de urbanización.

A continuación, y bajo el epígrafe de «locales destinados al ejercicio de una actividad profesional», ofrece un comentario de la importante Sentencia de 27 de septiembre de 1967, no tanto por ser portadora de nuevos pronunciamientos de la doctrina legal, como por constituir una síntesis compendiosa de tres temas que se engarzan o complementan entre sí y que, de conjunto, vienen a perfilar la naturaleza y normación de un tipo de arrendamiento relativamente frecuente y de acusada relevancia: el de los locales destinados al ejercicio de una actividad profesional, dentro de lo cual hace referencia: 1.º, a los locales destinados a escritorios u oficinas; 2.º, a la vivienda destinada conjuntamente a habitación familiar y a ejercicio de actividad profesional; 3.º, a los locales destinados con exclusividad al ejercicio de una actividad profesional, y, por último, a la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento.

En otro apartado dedicado al «arrendamiento otorgado por el usufructuario o el propietario hipotecante», estudia el problema por el que con tanta insistencia se pregunta la doctrina, sobre si el régimen que la Ley de Arrendamientos Urbanos viene consagrando a partir de su texto articulado de 22 de diciembre de 1965, al supuesto de extinción del derecho de usufructo—subsistencia, en general, del arrendamiento otorgado por el usufructuario arrendador y, excepcionalmente, facultad de resolución de aquél ante un condicionamiento paccionado notoriamente gravoso para la propiedad—cabe distenderlo, a otras hipótesis de locaciones conferidas por titulares de derechos limitados y, en especial, al arrendamiento otorgado por el deudor hipotecante con posterioridad a la constitución del gravamen inmobiliario, y para el supuesto de ejecución forzosa a instancia del acreedor hipotecario y subsiguiente enajenación judicial de la finca. Los tribunales, dice SOTO NIETO, en este aspecto parecen bascular entre un haz de consideraciones de incontestable gravedad, suficientes para fundamentar una respuesta positiva, y el temor de desbordar la autorización del imperio de la analogía consentida—siempre restrictivamente— por el artículo 8.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El deseo de resguardarse de las nocivas consecuencias de una infla-

ción monetaria o simplemente el deseo de las partes contratantes de que el montante de sus prestaciones siga el ritmo general de los precios que rijan en cada momento determinado, eliminando el riesgo de una des-nivelación de aquélla, máxime cuando alguna de las mismas, en vez de agotarse con su realización inmediata o próxima a su compromiso formal, ha de espaciarse fraccionadamente en el tiempo, o, como sucede en las relaciones arrendaticias, ha de repetirse, con una periodicidad pre-constituida, a lo largo de una serie indefinida de años, en tracto sucesivo, en virtud de una prórroga impuesta por la voluntad del legislador, conduce al uso de las llamadas cláusulas de estabilización, cuya admisibilidad y eficacia en el Derecho especial arrendaticio lleva a Soto NIETO a sentar unas conclusiones al mismo tiempo que enumera las diversas resoluciones emanadas del Tribunal Supremo sobre este particular, subrayando su inicial postura un tanto dubitativa y oscilante y, al parecer, su decidido y definitivo reconocimiento de la admisión y efectos de las cláusulas que nos ocupan, en el estado actual que ofrece la legislación vigente.

Continuando con la materia arrendaticia, nos encontramos otro apartado referente a «las reparaciones necesarias en relación con las causas de resolución del arrendamiento por destrucción de la vivienda o local de negocio o declaración de ruina de la finca». En este apartado, partiendo del concepto de reparaciones necesarias que el arrendador está obligado a realizar a fin de conservar la cosa arrendada en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, destaca la existencia de una limitación cuantitativa en el alcance de dichas reparaciones necesarias, de modo que una vez traspasado el tope cuantitativo en el coste que esas obras reparadoras representan, el conjunto de las mismas viene a configurarse como propio de una empresa de reconstrucción, dejando, por ende, de ponerse a cargo del arrendador de manera necesaria con facultad de exigencia por el locatario y trocándose en causa de resolución del arrendamiento, a tenor del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Esto nos pone en comunicación con la resolución del arrendamiento por pérdida o destrucción de la cosa y con la inexistencia de la obligación de verificar las reparaciones necesarias, si las obras exceden del 50 por 100 del valor real de la vivienda o local de negocio; pasando después de la declaración del arrendamiento. Finalmente, ofrece un examen comparativo de ambas causas de resolución, perfilando sus analogías y diferencias.

Terminada la materia arrendaticia, entra dentro del campo del Derecho de familia con un tema de trascendental importancia: el reconocimiento forzoso de la paternidad natural. En efecto, el alcance legal de la llamada «investigación de paternidad» es otra de las cuestiones de indudable dimensión social que ha llamado la atención del autor al reflejarnos un cúmulo de sentencias notables en torno al tan debatido párrafo 1.º del artículo 135 del Código Civil.

Por otra parte, partiendo de si el reconocimiento ha de ser considerado como un medio probatorio (reconocimiento-confesión) o como medio determinante de la filiación (reconocimiento-admisión), y acentuando también su carácter mixto, examina los supuestos de intervención del Ministerio Fiscal en el trámite de reconocimiento de hijo natural.

En contacto íntimo con este tema, termina la materia civil tratada en su Derecho vivo o jurisprudencia comentada con un tema de acentuado interés y tan viva polémica como es el de reconocimiento hecho en testamento carente de disposición testamentaria.

La parte dedicada a Derecho mercantil la inicia el autor con la llamada «letra de favor o complacencia», que por hacer acto de presencia frecuentemente en las lides judiciales, es otro de los temas que han me-

recido su estudio y comentario. El concepto, causa, confianza y riesgo del favorecedor, significado de la aceptación como declaración de voluntad cambiaria, responsabilidad del firmante ante reclamación de terceros y acción reclamatoria del favorecido: *exceptio doli*, son los puntos concretos que en torno a estas llamadas letras de favor o complacencia pueden leerse en otro de los apartados de la obra.

Al referirse a la sociedad mercantil irregular, muestra cómo la problemática de las sociedades irregulares sigue presidida por el signo de la incertidumbre, por la presencia de decisiones jurisprudenciales que difícilmente casan entre sí y que, en principio, vienen a infundir un leve desconcierto al interprete, acarreándole serias dudas sobre si en nuestro Derecho es el criterio objetivista el que campea como último canon discriminador, cual se viene pregonando o, por el contrario, son los criterios objetivos y formalista los que, en abrazada mixtura y estratégica prevalencia, vienen a dar la postrer pauta orientadora.

Con una introducción como punto de partida, y dentro ya del campo procesal, hace diversas reflexiones sobre los distintos aspectos que ofrece la comparecencia en juicio de la mujer casada, tratando de dar solución a alguno de los problemas que con este motivo se suscitan. Pero antes de comenzar el estudio específico de las posibilidades y requisitos que la mujer casada tiene y necesita para comparecer en el proceso, esboza y recuerda brevemente algunas ideas sobre la capacidad procesal en general, ya que sólo captando éstas ha de comprenderse bien aquella regulación y exigencias. La capacidad procesal de la mujer casada y la necesaria integración de su capacidad, bien sea a través de la representación, licencia, asistencia del marido, o bien, a falta, por negativa del marido, u otras causas, a través de la habilitación o licencia judicial, son los temas objeto de otro epígrafe.

También con una introducción previa, el autor entra de lleno en otro tema de interés: la cuestión de competencia declinatoria. Distingue dos modalidades posibles en el planteamiento de la declinatoria: a) Planteamiento como excepción dilatoria. b) Planteamiento como incidente especial. Hecho esto, se centra en el contenido esencial de la declinatoria, terminando este apartado con una especial referencia al juicio ejecutivo, a base de distinguir a estos efectos entre juicio ejecutivo no cambiario y el ejecutivo cambiario.

Cuando el autor nos pone en contacto con la excepción de falta de reclamación previa en la vía gubernativa aborda cuestiones tales como: naturaleza de la citada excepción; disposiciones legales que prescriben y regulan la reclamación previa administrativa, finalidad de la misma, analogías y diferencias entre la exigencia de reclamación gubernativa previa y la del acto de conciliación, concluyendo con la imposibilidad de recurso de casación por infracción de ley fundado en la desestimación de la excepción.

En otro apartado, encuadrado bajo la rúbrica de «principio de la prohibición de la *reformatio in peius*», tres son los puntos concretos de los que el autor trata: 1.º, razones que le justifican; 2.º, estrategia en el ejercicio de la adhesión a la apelación, y 3.º, facultades cognoscitivas y resolutorias del Tribunal *ad quem*, aun sin apelación adhesiva.

Siguiendo el recorrido sistemático de la obra, nos encontramos con el intrincado y difícil tema de las nulidades procesales, huérfano de un tratamiento sistemático en los Códigos de procedimiento y abandonado, puede decirse, a la reflexión y análisis de la doctrina, que suele enfocarlo de muy diversas maneras. Recoge los diversos supuestos de ineficacia de los actos procesales: inexistencia, nulidad, anulabilidad e irregularidad, refiriéndose a continuación a la evidente necesidad de agotar

los recursos ordinarios y a la imposibilidad de planteamiento en juicio declaratorio posterior.

Las «anotaciones preventivas de embargo» son también un tema de especial interés que el autor comenta en relación con la Sentencia de 27 de septiembre de 1967, de suma importancia en la trascendente materia de las afecciones inmobiliarias que una traba procesal comporta y de los efectos hacia terceros en que ha de traducirse a tenor de la mecánica que la regulación registral ofrece. El problema crucial que se plantea la sentencia comentada estriba en determinar los efectos que la orden judicial de embargo—por supuesto seguida de la práctica del mismo—es susceptible de desplegar hacia los terceros que puedan interferirse en la efectividad del derecho merced a actos dispositivos del deudor titular del inmueble; en concreto, si la traba judicial, *per se*, tiene vigor suficiente para anteponerse jurídicamente a cualquier transmisión ulterior del bien embargado, o si esa prevalencia, en su proyección hacia terceros, sólo puede venirle de la publicidad que dimane de la práctica de la oportuna anotación preventiva.

Como punto final de su obra, dedica SOTO NIETO el último apartado de los 32 que la integran al estudio de una de las manifestaciones de las llamadas «crisis procesales», la suspensión del proceso, es decir, aquel fenómeno que repercute sobre su actividad, produciendo una paralización que impide y obstaculiza su avance normal hacia la meta propuesta y concebida. En íntima unión con ello se encuentra la previa consideración de los principios de impulsión oficial o de completa rogación que pueden inspirar el proceso en su conjunto, ya que de ello dependerán los requisitos y características que la suspensión ha de presuponer y arrastrar consigo.

Los 32 apartados sintéticamente reflejados a través de esta recensión los complementa el autor con una serie de índices que hacen fácil el manejo de la obra, permitiendo la búsqueda rápida de lo que interesa. Contiene: 1.º Índice cronológico de jurisprudencia civil, penal, contencioso-administrativa, resoluciones de la Dirección General de los Registros, jurisprudencia social, jurisprudencia de las Audiencias territoriales. 2.º Índice de autores que se citan a lo largo de la obra. 3.º Índice de disposiciones legales. 4.º Índice analítico de materias y, por último, índice sistemático.

En suma, una obra completa, práctica, de vigente actualidad, adornada de numerosas citas referentes a disposiciones legales, autores, jurisprudencia, de evidente utilidad para el profesional del Derecho y digna de figurar en cualquier biblioteca jurídica.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

